

LA
STILLE GESELLSCHAFT
EN DROIT ALLEMAND

=====
(ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ)
=====

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 4 décembre 1933, à 2 heures

PAR

Roger GILLES

DIPLÔMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

Président : M. PERCEROU, professeur.

Suffragants : { *MM. LÉVY-ULLMANN, professeur.*
NIBOYET, professeur.

TYPOGRAPHIE FIRMIN DIDOT ET C^{te}
MESNIL-SUR-L'ESTRÉE (EURE)

—
1933



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547516_0033

LA STILLE GESELLSCHAFT EN DROIT ALLEMAND

=====
(ÉTUDE DE DROIT COMPARÉ)
=====

THÈSE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 4 décembre 1933, à 2 heures

PAR

Roger GILLES

DIPLOMÉ DE L'ÉCOLE DES SCIENCES POLITIQUES

Président : M. PERCEROU, professeur.

Suffragants : { MM. LÉVY-ULLMANN, *professeur.*
NIBOYET, *professeur.*

TYPOGRAPHIE FIRMIN DIDOT ET C^{ie}
MESNIL-SUR-L'ESTRÉE (EURE)

—
1933

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A LA MÉMOIRE DE MA MÈRE

NOTE

1. S. G. = Stille Gesellschaft.
 2. — Les références à des articles du Code Civil ou du Code de Commerce sans autre indication sont relatives au Code Civil allemand de 1896 et au Code de Commerce allemand de 1897, actuellement en vigueur.
-

INTRODUCTION

L'objet du présent travail est l'étude de la « Stille Gesellschaft », c'est-à-dire de l'association en participation telle qu'elle existe sous ce nom dans le droit allemand contemporain.

Nous aurons l'occasion de voir que la S. G. diffère notablement et par des particularités assez remarquables de l'association en participation du droit français telle que le Code de Commerce de 1807, dans ses articles 47 à 50 et la loi récente du 24 janvier 1921 l'ont réglementée. L'étude de ces divergences fera l'objet de la deuxième partie de cet exposé, qui contiendra également l'étude des associations en participation du droit belge, ainsi que celle des institutions similaires dans quelques autres législations étrangères.

La première partie sera au contraire entièrement consacrée à l'examen détaillé de la S. G. elle-même, telle qu'elle est organisée par le nouveau Code de Commerce allemand de 1897, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

§ 1. — HISTORIQUE DE LA STILLE GESELLSCHAFT

Faire l'historique de la Stille Gesellschaft et plus généralement de l'association en participation revient à faire l'historique des sociétés en général, car en réa-

lité ce fut l'association en participation qui, dans l'Antiquité et même jusqu'à une date relativement récente, joua le rôle primordial, les autres formes de sociétés telles qu'elles sont couramment pratiquées aujourd'hui n'existant pas encore ou étant très peu connues.

C'est qu'en effet les caractères essentiels de l'association en participation, occulte, souvent en même temps momentanée, s'appliquaient à merveille aux formes de l'activité commerciale alors existantes. Tandis qu'aujourd'hui on ne saurait concevoir l'existence d'une vaste entreprise de transports maritimes, par exemple, que sous la forme de société anonyme faisant appel à l'épargne de tout un pays, à cette époque, seul le financement par un particulier s'associant à la fortune d'une cargaison voyageant en mer pendant des mois — affaire pleine de risques, mais pouvant rapporter de gros bénéfices — correspondait aux possibilités aussi bien du marché des marchandises que de celui des capitaux.

De plus le caractère occulte de la participation satisfaisait au désir fréquent des fournisseurs de capitaux de ne pas paraître s'occuper d'affaires commerciales, ce qui dans certains pays et notamment à Rome était jugé indigne d'un véritable citoyen. Enfin le caractère généralement momentané de la participation, spécialement marqué à cette époque, correspondait à la confiance limitée que les capitalistes avaient alors en ceux à qui ils prêtaient, et à l'absence d'un marché public de capitaux permettant à tout moment de réaliser en argent comptant les placements effectués, tels qu'aujourd'hui les Bourses de valeurs en offrent la possibilité.

D'ailleurs la formation de sociétés dans l'Antiquité sous la forme d'associations en participation est un

phénomène général. Aussitôt que chez un peuple des entreprises commerciales apparaissaient, on voyait des capitalistes non-commerçants placer une partie de leur fortune en marchandises ou en argent à la disposition d'un commerçant; ce dernier, généralement par la voie maritime, passait à l'étranger, et sur la vente des marchandises recevait une part de bénéfices convenue ¹.

En dehors de ce genre d'entreprises, il était conclu, surtout dans le monde romain, des sociétés entre des personnes dont le but était de mener à bonne fin, par l'entremise d'une d'entre elles, une affaire définie ou plusieurs affaires. La raison de cette union en vue d'affaires qu'une personne isolée aurait suffi à mener à bien, était ainsi, non pas le besoin de juxtaposer des activités diverses en vue de l'atteinte d'un but déterminé, mais simplement de diviser le risque financier de l'entreprise, risque alors considérable en vue de l'insécurité presque complète sur terre comme sur mer ².

L'association en participation était conclue sous des formes diverses : souvent elle consistait dans la simple remise en propriété à une personne de biens déterminés par une ou plusieurs autres, le bénéficiaire agissant seul et sans révéler ses participants — ou bien l'affaire était conduite par tous les associés en commun, chacun étant alors tenu vis-à-vis des tiers pour sa part ³. Enfin certaines associations présentaient plus spécialement des caractères de la S. G. actuelle, un associé participant simplement pour une mise de fonds sans aucune part à la conduite des affaires, mais avec une responsabilité limitée à son apport.

Au Moyen Age existe la *commenda*, qui est certai-

1. LEHMANN, *Lehrbuch des Handels Rechts*, p. 276.

2. RENAUD, *Die S. G.*, p. 3.

3. LEHMANN, *ibidem*.

nement à l'origine même de la S. G., et dont le nom vient d'une expression employée au Bas-Empire par les Romains ⁴. A côté de la *commenda*, on trouve à la même époque la *societas maris*, spéciale au commerce de mer, et elle se rencontre sous des noms divers suivant les lieux : *wedderlegunge* dans les villes de la Hanse, *collegantia* dans les villes de la Méditerranée. Toutes ces associations ont essentiellement un caractère commercial ⁵.

Enfin au xv^e siècle, existent dans les villes maritimes de l'Italie des sociétés également essentiellement commerciales, la *compagnia patese* ou *accomandita*, qui est déjà une véritable société en commandite, et à côté d'elle la *participatio* ou *compagnia secreta*, qui se rapproche plus spécialement de notre association en participation moderne ⁶.

En France, l'institution existe dès le Moyen Age; de même qu'auparavant à Rome, elle est pour les personnes de qualité, de robe et d'épée, un moyen de faire valoir leur argent sans déroger ⁷. L'ordonnance de 1873, dont le Titre IV est consacré aux sociétés, ne parle pas de l'association en participation. D'ailleurs les règles très strictes auxquelles elle soumettait la formation de toute société de commerce auraient, semble-t-il, retiré à l'association en participation toute son utilité pratique consistant dans la simplicité de sa constitution et dans l'absence de toute publicité. L'art. 1^{er} du Titre IV dit en effet : « toute société générale » (c'est-à-dire en nom collectif) « ou en commandite sera rédigée par écrit par devant notaire ou sous signatures

4. SEEVER, die S. G., thèse, p. 21.

5. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handels-Recht*, p. 231.

6. MÜLLER-ERZBACH, *ibidem*.

7. JOBIT, thèse, p. 25.

privées et ne sera reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu de cet acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agit d'une somme ou valeur moindre de 100 livres ». — Dans la pratique ces principes étaient loin d'être appliqués dans toute leur rigueur. En outre cela n'a jamais empêché l'existence de fait d'associations en participation, qui n'étaient d'ailleurs pas considérées comme de véritables sociétés au sens de l'art. 1^{er}, et de l'accord de tous, la nécessité d'un écrit ne s'appliquait pas à elles.

Ce n'est pas sous le nom même d'association en participation que l'institution était connue en France à cette époque, mais sous celui de « société anonyme », (bien différente de celle qui porte aujourd'hui ce nom). Pour Savary ⁸ « elle s'appelle ainsi parce qu'elle est sans nom, et qu'elle n'est connue de personne, comme n'important en façon quelconque au public... Tout ce qui se fait en la négociation ne regarde que les associés, chacun en droit soi; de sorte que celui qui achète est celui qui s'oblige et qui paye au vendeur; celui qui vend reçoit de l'acheteur; ils ne s'obligent point tous les deux ensemble envers une tierce personne, il n'y a que celui qui agit qui est le seul obligé; ils le sont seulement réciproquement l'un envers l'autre en ce qui regarde cette société. Il y en a qui sont verbales, d'autres par écrit et la plupart se font par lettres missives que les marchands s'écrivent respectivement l'un à l'autre; les conditions en sont bien souvent brèves, n'ayant qu'un seul et unique article, et elles finissent quelquefois le même jour qu'elles sont faites ».

Ainsi le caractère occulte et le caractère momentané

8. SAVARY, *Dictionnaire Universel du Commerce*, tome I, p. 25.

de l'association en participation, se rencontrant soit séparément soit simultanément, sont mis en relief dès cette époque. Nous verrons ci-dessous pour le droit français et le droit belge que dans les temps modernes c'est justement l'histoire de la distinction entre ces deux caractères qui a joué le rôle essentiel dans l'évolution législative et jurisprudentielle⁹. En droit allemand nous allons étudier immédiatement ce qu'il en a été sur ce point.

Vers l'époque où l'on a commencé en Allemagne à codifier les lois commerciales et en particulier les lois sur les sociétés, c'est-à-dire vers le milieu du siècle dernier, on faisait assez mal la distinction entre la société en commandite simple (*Kommandit Gesellschaft*) et la S. G. Dans le premier projet de Code de Commerce, seule la *Kommandit Gesellschaft* était réglementée; les travaux préparatoires montrent que l'on entendait considérer la S. G. simplement comme une sorte de *Kommandit Gesellschaft*¹⁰. A la Conférence de Nuremberg de 1857, la question fut cependant reprise et après de vifs débats, on décida de faire une différenciation entre les deux types de sociétés. Ainsi l'ancien Code de Commerce allemand de 1861 (*das deutsche allgemeine Handelsgesetzbuch*) a réglementé très minutieusement la S. G., mais à côté d'elle il a réglementé également ce qu'il appelle « l'association pour faire en compte commun des affaires de commerce isolées » (*die Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung*). Le caractère essentiel de la S. G. est d'être occulte, mais sans aucune limitation du nombre ou de la durée des affaires auxquelles elle s'applique. Au contraire, dans cette autre forme d'association en

9. Voir II^e Partie, chap. 1 et 2.

10. RENAUD, *Die S. G.*, p. 44.

participation, le lien de société est essentiellement momentané, c'est-à-dire relatif à des opérations de nombre restreint et de durée limitée. Nous verrons que le droit belge depuis la loi de 1873 connaît et réglemente ces deux formes d'associations en participation, comme l'ancien Code de Commerce allemand.

La préparation du nouveau Code de Commerce de 1897 donna lieu à un réveil des discussions sur l'opportunité d'une réglementation légale de la S. G., à côté de la *Kommandit Gesellschaft*. On se décida finalement à conserver les dispositions de l'ancien Code sur la S. G. On se contenta de les remanier et de les abrégier assez sensiblement. Ainsi le Code renvoie expressément à certaines dispositions sur la *Kommandit Gesellschaft*, et par ailleurs à certaines dispositions du Code Civil relatives à la société civile.

Par contre, le nouveau Code a complètement laissé de côté tout ce que l'ancien Code avait dit des « associations pour faire en compte commun des opérations de commerce isolées ». Le législateur de 1897 a jugé qu'une réglementation spéciale de ces associations était inutile. Il en est de même en France où il n'existe aucune prescription légale sur les associations momentanées. L'ancien Code de Commerce allemand s'était d'ailleurs borné à des généralités les concernant, et la jurisprudence avait décidé qu'il fallait s'en référer aux principes généraux du droit civil à leur sujet ¹¹. Tout de même, l'ancien art. 269 avait donné une précision en ce qui concerne les rapports des associés avec les tiers : les affaires qu'un des participants avait conclues avec des tiers engageaient seul ce participant envers les tiers et conféraient des droits à lui seul envers eux. Nous

11. Décision du Tribunal d'Empire du 30 mai 1877.

verrons en parlant de l'association momentanée en Belgique que c'est au contraire le principe inverse qu'a consacré le législateur belge de 1873. L'ancien art. 269 du Code de Commerce allemand n'admettait la responsabilité solidaire des associés qu'au cas où celui qui a conclu avec les tiers s'est engagé en même temps au nom et sur le mandat des autres participants ou bien au cas où tous les participants ont agi en commun ou par un mandataire commun.

§ 2. — DÉFINITION ET CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA
STILLE GESELLSCHAFT DU DROIT ALLEMAND

L'art. 250 de l'ancien Code de Commerce allemand définissait la S. G. de la façon suivante : « Il y a S. G. lorsqu'une personne s'intéresse au moyen d'un apport à l'exploitation commerciale d'une autre en vue de prendre part aux bénéfices et aux pertes. »

Cette définition était incomplète et trop étroite : en effet, elle n'indiquait ni le caractère des droits procurés par la mise de fonds, ni les limites de la responsabilité incombant au participant. D'autre part, elle ne faisait pas état des multiples modifications et combinaisons possibles de cette institution qui se présentent fréquemment dans la vie des affaires ¹².

L'art. 335 du nouveau Code de Commerce ¹³ ne donne pas à proprement parler de définition de la S. G., mais se contente d'indiquer tout de suite trois des points essentiels de l'organisation de l'institution : l'obligation pour le participant de fournir l'apport, le passage de celui-ci dans le patrimoine du propriétaire de l'affaire, enfin la concentration dans la personne de ce dernier

12. STARKE, *Offene, Kommandit und Stille Gesellschaften*, p. 115.

13. Voir le texte ci-dessous, Annexe I.

de tous les droits et obligations relatifs aux affaires conclues.

Un certain nombre de principes sont à la base de la S. G. Nous les reverrons dans le détail par la suite, mais il est utile d'en présenter dès maintenant le résumé pour avoir une vue d'ensemble de l'institution :

1. A la base, un lien de société entre deux personnes seulement, le participant (*Stille Gesellschafter*) et le propriétaire de l'affaire qui presque toujours est en même temps le gérant de la S. G. (*Komplementar*).

2. Le propriétaire de l'affaire-gérant doit être titulaire d'un fonds de commerce qu'il exploite sous sa propre « firme », et pour les affaires duquel il a seul des droits et contracte seul des obligations.

De là, il résulte qu'il n'y a pas de raison sociale, ni de patrimoine social : la S. G. est essentiellement occulte.

3. Le participant doit verser un apport qui passe dans le patrimoine du gérant.

4. La responsabilité du participant est en principe limitée à sa mise de fonds.

5. Le participant doit nécessairement prendre part aux bénéfices. D'autre part, il participe aux pertes jusqu'à concurrence du montant de son apport, mais une clause expresse du contrat peut le dispenser complètement de toute contribution aux pertes.

6. Après la dissolution de la société, le propriétaire de l'affaire commerciale-gérant doit procéder à la liquidation des droits du participant et lui restituer en argent son apport accru ou diminué, suivant les résultats de l'entreprise.

Telles sont les bases fondamentales de l'organisation de la S. G. — Ce qui apparaît tout de suite de plus frap-

pant dans l'énumération de ces principes, c'est l'absence d'une indication quelconque relative à l'existence extérieure de l'institution. En effet, la S. G. offre seulement un des aspects de la conception de la société commerciale, à savoir le lien d'union et les rapports intérieurs entre les associés. Au contraire, l'autre aspect, toute la vie extérieure comme entité juridique distincte, fait complètement défaut. Le caractère essentiel de la S. G. et qui domine toute l'étude de cette institution est en effet *qu'elle est occulte*.

§ 3. — NATURE JURIDIQUE DE LA STILLE GESELLSCHAFT

La législation française, depuis la loi de 1921, considère l'association en participation comme une société de commerce. En effet, si l'art. 47 du Code de Commerce français se contente de dire qu' « indépendamment des trois espèces de sociétés indiquées par l'art. 19 (c'est-à-dire : sociétés en nom collectif, sociétés en commandite et sociétés par actions), la loi reconnaît les associations commerciales en participation », l'art. 49, par contre, dit « que les associations en participation sont des *sociétés* dont l'existence ne se révèle pas aux tiers ».

De son côté, la loi belge de 1873 sur les sociétés ne dit pas expressément que les associations en participation sont des *sociétés* : l'art. 2 énumère les différentes sociétés commerciales, et l'art. 3 ajoute « il y a en outre des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation ».

En droit allemand, il en est sensiblement de même pour la S. G. Le livre II du Code de Commerce de 1897 est intitulé : « Sociétés de Commerce et Stille Gesellschaften ». Ainsi la loi rapproche simplement les deux

institutions sans faire rentrer la deuxième dans la première.

Ceci semble confirmé par l'examen des éléments constitutifs des sociétés de commerce d'une part et de la S. G. d'autre part. On trouve entre elles, à ce point de vue, des différences remarquables. Une société de commerce est avant tout la réunion de certaines personnes dans un but de lucre sous une firme commune et avec mise en commun de certains biens formant le patrimoine social. Firme commune et biens sociaux sont étrangers à la S. G. La firme commune est interdite en raison même du caractère occulte de l'association, et l'apport du participant passant dans la fortune du propriétaire de l'affaire, il n'y a pas de patrimoine social distinct du patrimoine de ce dernier. Si l'on ajoute à ces deux caractères la non-responsabilité directe du participant vis-à-vis des créanciers de l'affaire, on a toutes les différences essentielles qui séparent la S. G. de la société en commandite simple qui est la société de commerce dont elle se rapproche le plus.

Ces raisons sont-elles décisives? — Il ne le semble pas. L'esprit de la législation allemande sur ce point apparaît en effet tout différent.

D'ailleurs, si l'on s'en tenait à la terminologie juridique, on pourrait dire que, par son nom même, cette institution constitue une société : *Stille Gesellschaft* se traduit, en effet, littéralement, « société silencieuse ».

Mais il y a de bien meilleures raisons pour voir dans la S. G. une véritable société. Le Code de Commerce, dans ses dispositions sur la S. G., renvoie expressément à certaines prescriptions du Code Civil pour s'appliquer à la S. G. En outre, les Travaux Préparatoires du Code de Commerce ¹⁴ montrent que l'intention du législateur

14. *Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches*, p. 144.

a été que les dispositions sur la société civile servent en général à compléter celles sur la S. G. Ceci semble ne laisser aucun doute sur sa volonté de considérer la S. G. comme une société. On ne peut vraiment concevoir qu'il ait pu désirer l'application générale des dispositions sur un type de société à une institution juridique qui n'aurait pas ce caractère.

La doctrine est cependant partagée sur cette question de la nature juridique de la S. G.

L'opinion qui l'emporte parmi la majorité des auteurs est celle que nous venons d'indiquer comme étant l'opinion du législateur même du Code de Commerce : la S. G. constitue une société entre les associés. C'est notamment l'opinion des principaux commentateurs du Code de Commerce : Flechtheim¹⁵, Lehmann¹⁶, Renaud¹⁷, Staub¹⁸.

Mais d'autres points de vue ont été soutenus par quelques auteurs :

Tout d'abord, selon Lastig¹⁹, la S. G. serait un « prêt modifié » (*Modifiziertes Darlehen*), et à ce titre une institution *sui generis*, ne pouvant rentrer dans aucune forme juridique déjà connue.

Pour Hahn²⁰, la S. G. est une créance modifiée ou un rapport de crédit modifié (*Modifiziertes Gläubiger oder Kreditverhältnis*). Cet auteur insiste sur l'absence dans la S. G. d'un patrimoine social pour essayer d'établir que dans cette institution le lien de société s'efface à côté du lien de simple obligation contractuelle entre les

15. FLECHTHEIM, dans *Düringer-Hachenburg*, verbo S. G., § 335, note 2.

16. LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsgesetzes*, p. 349 et 350.

17. RENAUD, *Die S. G.*, p. 43.

18. STAUB, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, § 335, note 2.

19. LASTIG, dans *Endemann Handbuch des Handelsrechtes*, verbo S. G., p. 707.

20. HAHN, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, art. 250, § 2.

associés. Il invoque en outre cette autre raison que le fait pour l'apport du participant de passer dans le patrimoine du gérant ne peut se concilier avec le vieil adage « *nemo societate contrahendo rei suae dominus esse desinit* ».

Enfin Lubbert²¹ voit dans la S. G. un contrat de louage de services d'une nature spéciale, dans l'esprit de l'art. 675 du Code Civil. Or, cet article parle de « contrat de services ou de contrat d'ouvrage ayant pour objet la conduite d'une affaire » (*ein Dienstvertrag oder ein Werkvertrag der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat*), et renvoie aux articles qui précèdent relatifs au mandat pour la réglementation de ces contrats spéciaux.

21. LUBBERT, *Die rechtliche Natur der S. G.*, p. 49 s.

PREMIÈRE PARTIE

L'organisation de la stille gesellschaft en droit allemand

CHAPITRE PREMIER

FONDATION DE LA STILLE GESELLSCHAFT

§ 1. — LES PARTIES AU CONTRAT

Le contrat de S. G. ne peut être formé qu'entre deux personnes seulement. La loi n'envisage jamais que les rapports de deux personnes entre elles et non d'un nombre supérieur d'associés. D'ailleurs, dans la pratique, si l'on voit dans d'autres pays des associations en participation comprenant un plus grand nombre d'associés, en Allemagne, cette combinaison n'étant pas possible, on utilise le procédé suivant, qui d'ailleurs est loin de donner toujours les mêmes résultats pratiques : plusieurs personnes différentes pourront jouer chacune le rôle de participant à une même affaire, mais chacune indépendamment des autres ; il y aura autant de fois S. G. qu'il y aura de participants différents, et, par conséquent, autant de contrats de sociétés distincts.

Peuvent jouer le rôle de participants aussi bien de simples individus que des Sociétés. S'il s'agit d'une société, elle intervient au contrat comme formant une seule personne, en vertu du principe de la personnalité morale. Faute de prescriptions spéciales sur les conditions de capacité des personnes pouvant prendre part au contrat, on applique les principes généraux. Ceci n'appelle pas de remarque particulière, sauf en ce qui concerne une société d'un genre spécial : la société civile. On s'est demandé si, par sa nature, elle pouvait entrer dans une S. G. comme participant. Sur ce point une opinion dissidente s'est manifestée, soutenue par Lehmann et Ring¹. Seuls de tous les auteurs, ils soutiennent en effet qu'il manque à la société civile « l'unité extérieure » (*äussere Einheit*), et que, pour cela, elle ne pourrait participer à une S. G. Ce point de vue ne paraît pas justifié; une société civile peut bien, en effet, conclure de nombreux contrats et on ne peut pas dire que, pour elle, l'incapacité soit la règle. De plus, il y a dans l'art. 339 du Code de Commerce une disposition décidant qu'à la mort du participant, le contrat de S. G. ne se trouve pas dissous, mais que les héritiers réunis en une sorte de groupement, de société de fait, peuvent venir prendre la place du participant décédé. Ainsi, on ne peut raisonnablement exclure la société civile de ce contrat puisque le simple groupement d'héritiers est admis et même préconisé par la loi pour y prendre part.

Quel que soit le groupement de personnes, société, association, simple société de fait, qui joue le rôle de participant, il agit toujours vis-à-vis du gérant comme une personne unique. Ainsi il n'y a qu'un apport, qu'une

1. LEHMANN et RING, § 335, n° 3.

part de bénéfices, qu'une seule copie du bilan exigible et la dénonciation du contrat ne peut être faite qu'au nom et pour tout le groupement et non séparément par chacun de ses membres.

En ce qui concerne l'autre associé, le propriétaire de l'affaire, lequel est presque toujours en même temps le gérant, des règles beaucoup plus précises s'appliquent. Tout d'abord ce doit être un commerçant — l'art. 335, alinéa 1, dit, en effet, qu'il doit exploiter un fonds de commerce; en outre, il doit le faire avec une intention de lucre. Ainsi, *a contrario*, une participation à une entreprise qui aurait simplement un but de bienfaisance serait étrangère à un contrat de S. G.

On sait que le droit allemand range les commerçants en deux catégories : « Pleins Commerçants. » (*Vollkaufleute*) et « Moindres Commerçants » (*Minderkaufleute*). Il n'est pas nécessaire que le gérant soit plein commerçant — c'est du moins l'opinion dominante parmi les auteurs ².

Il n'est pas nécessaire non plus qu'au moment de la conclusion du contrat le gérant soit déjà à la tête d'une exploitation commerciale; il suffit, par exemple, que le contrat ait pour but la participation à une affaire que le gérant exploitera ultérieurement.

La participation peut ne pas concerner tout l'ensemble de l'exploitation, elle peut se limiter, par exemple, à une de ses différentes activités dans la mesure où celle-ci peut être séparée facilement du reste de l'entreprise et possède une certaine indépendance extérieure ³. Par contre, s'il n'y avait participation qu'à une affaire ou à plusieurs affaires ne consti-

2. En ce sens, particulièrement, STAUB, § 335, Rem. 9; LEHMANN et RING, § 335, note 1.

3. STAUB, § 335, Rem. 10.

tuant que des actes isolés de l'activité commerciale de l'entreprise, il n'y aurait pas contrat de S. G.; mais une véritable société civile, car le fonds de commerce n'entrerait plus alors, ainsi qu'il le faut, comme un élément essentiel de la formation du contrat ⁴.

Une société aussi bien qu'un simple commerçant peut jouer le rôle de gérant propriétaire du fonds de commerce. Mais s'il s'agit d'une société, ce doit être une société de commerce. Par ailleurs, elle n'a pas besoin d'avoir la personnalité morale; ainsi les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple qui en sont dépourvues, sont habiles à gérer une S. G. En raison de leur organisation stable et de leur indépendance extérieure, dans une certaine mesure dégagée de la personnalité propre de leurs membres, on peut les placer, en dépit de leur manque de personnalité morale, sur un pied d'égalité avec les personnes juridiques ⁵.

Pour ce qui est des autres sociétés de commerce (sociétés en commandite par actions, sociétés par actions, sociétés à responsabilité limitée), il n'y a rien de spécial à dire. Les prescriptions légales sur la S. G. s'appliquent à ces sociétés dans tous les cas, même si elles n'exploitaient pas de fonds de commerce, car elles sont commerçantes par nature, par leur forme même et par leur inscription obligatoire au registre du commerce. Cependant, leur activité sociale doit nécessairement avoir un but de lucre pour qu'il y ait vraiment S. G.

La question se pose maintenant de savoir si la société civile, qui, nous l'avons vu plus haut, doit être considé-

4. Décision du Tribunal de Commerce du Reich, Recueil, tome 12, p. 163.

5. STAUB, rem. 12; LEHMANN et RING, n° 3; FLECHTHEIM, I, 1 : tous sous § 335.

rée comme pouvant jouer le rôle de participant, peut également jouer celui de gérant-propriétaire de l'entreprise. Ici encore, Lehmann et Ring⁶ lui refusent ce droit, notamment s'agissant d'un groupement de « Moindres Commerçants » qui exploiteraient en commun un fonds de commerce avec participation d'une autre personne. Staub⁷ accepte ce point de vue, mais Flechtheim⁸ s'élève à juste titre contre et fait ressortir qu'on ne saurait faire aucune différence entre les deux cas suivants : celui où le fonds de commerce est exploité par un moindre commerçant sous son « nom civil », c'est-à-dire sans inscription au registre du commerce d'un nom commercial, d'une « firme » (et nous avons vu ci-dessus qu'un tel commerçant peut prendre un participant) et celui où le fonds est exploité par plusieurs moindres commerçants sous un nom commun, mais également sans firme inscrite au registre du commerce. D'ailleurs, nous l'avons déjà vu, une société civile peut conclure toute sorte de contrats et, dans les relations d'affaires, elle apparaît simplement vis-à-vis des tiers comme, pourrait-on dire, une « pluralité unifiée » (*geeinte Mehrheit*)⁹. Par ailleurs enfin, la société civile est bien soumise aux prescriptions du droit civil en tout ce qui concerne son fonctionnement intérieur, et il n'y sera rien changé si elle conclut un contrat de S. G. — Il y aura seulement deux liens de société bien distincts : le lien des associés civils entre eux, exclusivement réglé par les dispositions du droit civil, et l'autre, le lien de S. G., soumis aux prescriptions du droit commercial.

6. LEHMANN et RING, § 335, n° 3.

7. STAUB, § 335, Rem. 12.

8. FLECHTHEIM, § 335, 2.

9. SEEVER, thèse, p. 50.

§ 2. — LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ

La S. G. prendra naissance par la conclusion du contrat. En principe, ce contrat est exempt de formes. Le vieux Code de Commerce allemand faisait expressément ressortir cette liberté de forme dans l'ancien art. 250, alinéa 2. Le nouveau Code de Commerce n'a pas repris cette disposition.

Par ce caractère, la S. G. se rapproche de la société civile pour laquelle aucune formalité spéciale n'a besoin d'être accomplie. Ainsi, le plus souvent, les parties échangeront des lettres missives portant approbation de conventions verbales et contenant le texte généralement assez bref des dites conventions ¹⁰.

Mais il peut arriver que le contrat contienne des stipulations qui, prises isolément, ne sont pas exemptes de formalités. Dans ce cas, il y a lieu d'observer les formes prévues par la loi : si, par exemple, le participant s'engage à fournir comme apport tout ou partie de sa fortune présente ou bien un ou plusieurs immeubles. L'inobservation de ces formes pourrait entraîner dans certains cas la nullité de la société tout entière. Mais la non-validité pour cette cause d'un apport en immeubles n'entraînerait pas fatalement la nullité de la société, mais seulement si cette nature spéciale de l'apport était la raison essentielle de la conclusion du contrat (nous dirions, en droit français, « la cause impulsive et déterminante »). D'ailleurs, ce cas se présentera très rarement, surtout du fait de la rareté de plus en plus grande des apports en immeubles.

10. Voir Annexe II.

Il faut admettre que le contrat constitutif d'une S. G. puisse être conclu tacitement; sur ce point tous les auteurs sont d'accord. Et s'il survenait des doutes sur la véritable nature du contrat, le critérium serait le suivant : les associés avaient-ils ou non l'*animus contrahendi societatis* ¹¹? Mais, en général, le contrat sera conclu expressément, car sinon des discussions ne pourraient manquer de survenir sur la nature de l'apport, sur le mode de partage des bénéfices, sur la participation aux pertes, etc...

Il importe peu que les parties aient qualifié leur contrat d'un nom ou d'un autre; le droit allemand connaît en effet des règles analogues à celles du droit français sur l'interprétation des contrats. Il suffit que les exigences essentielles pour la formation d'une S. G. y soient contenues. Si, par contre, les parties ont qualifié de S. G. un contrat qui, en réalité, n'en constitue pas une, il y aura tout de même formation d'une société, s'il ressort du contrat que les parties avaient la volonté d'entrer en société, et les dispositions légales sur la S. G. s'appliqueront dans la mesure où elles seront compatibles avec le contenu du contrat ¹².

Le contrat contiendra le plus souvent des stipulations précises sur la nature de l'apport, sa destination, le partage des bénéfices et des pertes, etc... Mais il n'est pas indispensable qu'il contienne expressément tous ces éléments pourtant essentiels. Ainsi une personne peut remettre simplement une somme d'argent à un commerçant en convenant avec lui qu'elle deviendra son participant.

Les parties ont la liberté la plus absolue de faire entrer dans leurs conventions telles stipulations qu'il leur

11. SEEVER, thèse, p. 54.

12. STAUB, § 335, Rem. 41.

plaira, à condition de ne pas aller à l'encontre des prescriptions légales. Parmi les art. 335 à 342 du Code de Commerce sur la S. G., certains sont d'ordre public, ont un caractère absolument impératif. Ainsi, il ne pourrait être valablement stipulé que le participant serait dispensé de fournir son apport ou bien qu'il sera exclu des bénéfices. Mais un grand nombre des dispositions de la loi ne sont qu'interprétatives de volonté et s'appliquent pour suppléer au silence du contrat. C'est, par exemple, le cas des modalités de la participation aux bénéfices et aux pertes pour chacun des associés. Enfin, lorsque la loi offre le choix entre deux stipulations possibles, celle qui entrera en application, par exemple la non-participation de l'associé tacite aux pertes, devra être désignée expressément au contrat.

§ 3. — L'APPORT ET LES RELATIONS ENTRE ASSOCIÉS

La S. G. n'a pas d'autre vie qu'une activité purement intérieure. Sa nature s'épuise dans les rapports internes entre associés. Il lui manque, par définition, tout ce par quoi une société participe à la vie extérieure, aux relations avec les tiers : un patrimoine social et une représentation commune.

Du fait qu'il y a société, il y a but commun. Ce que le participant fournit en vue de la réalisation de ce but, c'est son apport. En réalité, la « cause », au sens large du mot, du contrat de S. G., ce n'est pas l'apport lui-même, c'est l'obligation de le fournir.

Il n'y a pas de dispositions spéciales visant la nature de l'apport. De l'art. 335, alinéa 1, on peut déduire simplement qu'il doit avoir le caractère d'une valeur patrimoniale (*Vermögenswert*). Par conséquent, il n'est

pas nécessaire que l'apport consiste obligatoirement en une somme d'argent déterminée, il doit seulement avoir toujours une valeur concrète, estimable en argent.

Ainsi peuvent constituer des apports : de l'argent, des valeurs mobilières, des devises, des fonds immobiliers et des objets mobiliers ainsi que leurs usufruits, des créances, des brevets, des marques de fabrique, des dessins et modèles. Mais ces droits doivent être cessibles, car, constituant l'apport, ils vont passer dans le patrimoine du propriétaire de l'affaire commerciale. Des procédés de fabrication, des secrets d'exploitation, une clientèle peuvent également faire l'objet d'un apport ¹³.

Sur le point de savoir si un apport en industrie est possible, une controverse s'est élevée parmi les auteurs. Lastig ¹⁴ pose en principe que si l'apport consiste dans des prestations de services, les prescriptions légales sur la S. G. ne peuvent plus s'appliquer : qu'ainsi il ne saurait être question d'une diminution de l'apport par suite de participation aux pertes, ni d'un versement à la masse de la faillite par suite de l'apport restant à fournir, ni du remboursement de l'apport, ni enfin de la production pour le reliquat de l'apport dans la faillite du propriétaire de l'entreprise. Mais à cela on peut répondre que les dispositions légales sur la S. G. sont pour la plupart de caractère simplement interprétatif de volonté, que le manque d'application de l'une ou plusieurs d'entre elles ne va pas à l'encontre de la nature du contrat de société lui-même.

D'ailleurs, il suffit d'envisager les prestations de

13. LEHMANN et RING, § 335, Rem. 8.

14. LASTIG, dans *Endemann Handbuch des Handels Rechts*, p. 705.

services, non comme telles, mais sous la forme du salaire qu'elles représentent. La majorité des auteurs se prononce en ce sens ¹⁵.

On remarquera cependant que la prestation de l'apport en industrie ne peut être exigée du participant, si celui-ci s'y refuse. Mais cela n'empêche pas la formation de la S. G. du moment que le participant s'est engagé, dès la conclusion du contrat, à fournir son apport en industrie. Tout au plus cela donnerait-il le droit au gérant de réclamer le paiement en argent de ce que ledit apport représente ¹⁶.

Dans la pratique, la différenciation entre la S. G. avec apport en industrie sera assez difficile, s'il s'agit d'un contrat de travail avec participation aux bénéfices, dans lequel, le « commis intéressé » reçoit à côté de son salaire une part des bénéfices de l'entreprise. Mais il y a tout de même certains points sur lesquels les deux contrats se différencient : notamment ce fait que la S. G. comporte un but des deux associés vers un résultat commun, ce qui n'existe pas dans l'autre contrat; la situation du commis intéressé repose toujours, en effet, sur un lien de subordination, alors qu'une véritable communauté d'intérêts lie le participant au gérant et lui donne un véritable rôle de maître de l'affaire en second. D'autre part la faculté de congédier l'employé ne s'applique évidemment pas au participant. Pour la détermination de sa part de bénéfices, le participant a des droits d'investigation et de contrôle beaucoup plus étendus que le commis intéressé. Enfin celui-ci ne saurait participer aux pertes, alors que c'est le cas le plus fréquent pour l'associé tacite.

15. STAUB, § 355, Rem. 15; LEHMANN et RING, § 355, n° 8; LEHMANN-HOENINGER, p. 291 b.

16. LEHMANN-HOENINGER, p. 291, Rem. 2.

L'apport peut consister en un simple abandon d'usage — et cela est possible parce que, si l'apport passe dans le patrimoine du gérant, il ne devient pas pour cela sa propriété. Ainsi le participant peut apporter l'usage de son usine ou de ses bâtiments administratifs. Mais il arrive aussi que l'apport consiste dans l'abandon d'usage de biens consommables ou fongibles. Dans ce cas, ils passeront dans la propriété du gérant conformément à l'art. 706 du Code Civil allemand.

Par son adhésion au contrat, le participant s'engage à fournir son apport. Lorsque l'exécution de cette obligation intervient, l'apport passe dans le patrimoine du gérant et il peut y avoir lieu d'observer certaines formalités légales, notamment par exemple les formalités d'inscription au registre foncier (*Grundbuch*), s'il s'agit de biens immobiliers.

La loi n'a pas prescrit le moment auquel doit intervenir la prestation de l'apport. Le plus souvent, ce point, vu son importance, aura été réglé par les parties elles-mêmes au contrat. S'il n'en a rien été on se basera sur la nature de l'apport et également sur les autres stipulations du contrat. En cas de doute, le gérant peut exiger du participant la fourniture immédiate de l'apport, conformément à l'art. 271 du Code Civil allemand.

Le paiement de l'apport n'est pas forcément opéré en une seule fois. Il peut, par exemple, avoir été décidé qu'il sera fractionné avec fixation d'échéances déterminées. Ce sera quelquefois le cas pour un apport en argent, et surtout pour des fournitures de marchandises; enfin, ce sera le cas normal pour les prestations de services en cas d'apport en industrie. Les intérêts moratoires courront au profit du gérant du jour de la

somation de payer faite au participant qui n'aurait pas respecté les échéances. De plus, dans ce cas, le gérant aurait le droit de dénoncer le contrat « pour motifs graves ».

Le lieu de délivrance de l'apport sera, sauf naturellement stipulations contraires entre les parties, en principe le lieu où le gérant exploite son établissement commercial, et cela, en vertu du principe, commun au droit français et au droit allemand, que les dettes sont portables (art. 269 du Code Civil allemand).

Le montant de l'apport est normalement fixé par les parties elles-mêmes; il est nécessaire que celles-ci l'aient déterminé ou qu'il soit au moins facilement déterminable. L'apport est en principe fixé une fois pour toutes au moment de la conclusion du contrat. Par conséquent, on ne pourrait pas, par la suite, obliger le participant à en accroître le montant ou à le compléter si des pertes l'ont entamé. Mais, bien entendu, le contrat peut prévoir cette éventualité et le participant s'engager à faire, le cas échéant, des versements complémentaires.

L'apport est la base même de la S. G. — celle-ci ne se conçoit pas sans lui. Si, à un moment quelconque, il était restitué au participant, la société cesserait immédiatement d'exister.

CHAPITRE II

FONCTIONNEMENT DE LA STILLE GESELLSCHAFT

§ 1. — DIRECTION INTÉRIEURE ET MARCHÉ DE L'AFFAIRE

C'est sur ce point que le Code de Commerce allemand contient une véritable lacune. Alors qu'il consacre d'assez longs articles à la formation et à la dissolution de la S. G., il se borne ici à donner des indications extrêmement succinctes. On doit y suppléer en étendant à la S. G. les règles relatives au droit des sociétés contenues dans le Code Civil.

C'est en principe au gérant seul qu'appartiennent la direction, la conduite de l'affaire. L'art. 335 le dit en termes brefs, mais formels : le propriétaire de l'entreprise commerciale acquiert seul des droits et contracte seul des obligations du chef des affaires conclues quant à ladite entreprise. Ainsi c'est le gérant qui exploite seul, le participant restant dans l'ombre, exclu en principe de tout rôle actif.

Cependant le gérant, s'il peut bien agir à sa guise dans la conduite des affaires, n'en agit pas moins pour le compte de la communauté d'intérêts qui le lie au participant, puisque ce dernier prend part à tous les résultats de son exploitation. Ainsi il peut bien, sans avoir à demander l'accord de son participant, entreprendre dans le cadre de son entreprise, toute sorte

d'affaires, et même les plus inhabituelles. Cependant, sa préoccupation constante devra être de ne pas porter atteinte au but social fixé au contrat ni aux intérêts de son participant. Il a accepté son apport, il a donc pris par cela même l'engagement de l'employer conformément aux stipulations du contrat.

Ainsi il ne doit pas, sans le consentement du participant, conclure des affaires sortant complètement du cadre de son exploitation, ni modifier l'objet de celle-ci ¹. En cas de manquement à ce devoir, le participant serait en droit de réclamer des dommages-intérêts, conformément à l'art. 280 du Code de Commerce, ou de dénoncer le contrat (art. 339 du Code de Commerce et art. 703 du Code Civil combinés).

Dans sa gestion de l'affaire, le gérant n'est responsable qu'en cas de faute lourde ou de dol; il est tenu seulement de sa *diligentia quam in suis*. D'ailleurs, s'il gérât mal l'affaire, il en subirait tout le premier les conséquences ².

La situation réciproque de chacune des parties, leur rôle respectif peuvent être organisés par elles de la façon la plus diverse. Le propriétaire de l'affaire commerciale pourrait, par exemple, être complètement exclu de la direction de l'exploitation qui serait confiée à un tiers, ou même au participant. Il arrive aussi que celui-ci soit placé à côté du gérant comme son fondé de pouvoir, ce qui ne change rien par ailleurs à son caractère d'associé. Toutes ces situations sont néanmoins tout à fait exceptionnelles.

Fréquemment, au contraire, il est convenu que le gérant devra obtenir l'accord du participant pour certaines affaires particulièrement importantes, par

1. STAUB, § 335, Rem. 32; LEHMANN-HOENINGER, p. 292, alinéa 5.

2. SEEVER, thèse, p. 82.

exemple pour emprunter, pour ouvrir une succursale, pour étendre l'objet de l'exploitation.

Mais à défaut de stipulations spéciales, le participant est, de droit commun, exclu complètement de la conduite de l'affaire. *A fortiori*, ne peut-il également la retirer au gérant. La sanction des devoirs de ce dernier que le participant peut seulement réclamer, est le droit extraordinaire de dénonciation de la société « pour motifs graves » et le droit de demander des dommages-intérêts pour exploitation défectueuse.

Cependant pour que, durant le fonctionnement de la société, le participant ne se trouve pas soumis complètement à l'arbitraire du gérant, la loi lui a donné la possibilité de se renseigner sur le sort de son apport en lui accordant un droit de regard sur la marche de l'affaire. Ce sont de véritables droits de contrôle qui sont donnés au participant par l'art. 338.

Ces droits de contrôle sont calqués sur ceux que l'art. 166 accorde au commanditaire dans la société en commandite simple. Ils sont, par contre, notablement moins étendus que ceux que la loi accorde dans la société civile à l'associé exclu de la gestion. Cela tient à ce que le lien personnel entre associés est juridiquement plus fort dans la société civile que dans la S. G. Cela tient également à ce que la loi entend protéger le gérant de la S. G. contre l'immixtion perpétuelle de son participant dans les affaires de l'entreprise qui reste malgré tout essentiellement sa propre exploitation.

L'art. 338, alinéa 3, accorde au participant un droit de contrôle d'une nature spéciale, dans un cas particulier. Sur la demande du participant, le Tribunal peut ordonner en tous temps, s'il y a des motifs graves, la communication du bilan ainsi que de toute

espèce de renseignements, et même la présentation des livres et papiers de l'entreprise. Quand y aura-t-il motif grave? Ce sera là une question de fait. Il en sera ainsi dans tous les cas où le participant serait fondé de dénoncer le contrat, dans les termes de l'art. 339, dans lequel la loi parle en effet de dénonciation pour motifs graves. Nous examinerons plus loin ces différents cas en nous occupant de la dissolution de la S. G. Mais, dans la pratique, l'exercice de ce droit de contrôle spécial du participant étant d'une gravité infiniment moindre que la question de dissolution de la société, le Tribunal qui recevra la réclamation du participant y fera presque toujours droit et le gérant sera invité à fournir des éclaircissements, notamment les documents qui ont servi à établir le bilan, c'est-à-dire surtout les livres et papiers commerciaux.

Mais normalement le participant se borne à exercer à la clôture de chaque exercice social, le droit de contrôle annuel que lui accorde la loi. Dans ce cas, pendant le cours de l'exercice social, il ne lui est pas permis d'examiner les livres et papiers ni de demander copie des états de situation ou du bilan provisoire pour se donner un aperçu de la marche des affaires. Il peut arriver que le participant néglige d'exercer ce droit de contrôle annuel. Si cette situation s'est prolongée pendant un assez grand nombre d'exercices sociaux, il n'a plus dès lors le droit d'exercer le droit de contrôle spécial « pour motifs graves », puisqu'il s'est désintéressé de l'affaire. C'est du moins l'opinion de Behrend ³. Il n'y a pas de jurisprudence sur ce point.

En quoi consiste ce droit de contrôle annuel? Simplement en ce que le participant peut exiger annuel-

3. BEHREND, *Lehrbuch des Handels Rechts*, p. 672.

lement du gérant la communication du bilan dès qu'il est définitivement établi et en vérifier l'exactitude par l'examen des livres et papiers. Ce droit de contrôle n'est pas cessible; il peut simplement être exercé par procuration⁴, mais seulement dans des cas exceptionnels, car le gérant ne peut pas être normalement contraint à admettre le droit de regard d'un tiers dans ses affaires. Par contre, l'intervention d'un expert est autorisée⁵. Encore le participant doit-il se montrer avisé dans le choix de l'expert, car il est lui-même personnellement responsable de tout dommage pouvant résulter de son intervention. Si les droits de contrôle ne sont pas cessibles librement, ils sont cependant transmissibles par décès. L'art. 339, alinéa 2, énonce que le décès du participant n'entraîne pas la dissolution de la société; celle-ci se continue avec les héritiers réunis en une sorte de société de fait. C'est par l'intermédiaire d'un mandataire, soit l'un d'entre eux, soit un tiers que les héritiers exerceront leur droit de contrôle.

Un cas particulier se présente si le gérant est simplement un « moindre commerçant », c'est-à-dire un propriétaire de fonds de commerce qui n'est pas obligé de suivre les prescriptions du Code de Commerce en ce qui concerne la tenue de livres commerciaux. Tout ce que le participant pourra lui demander, ce sera une simple reddition de comptes (*Rechenschaftlegung*) qui lui donnera un aperçu, assurément assez vague, de la marche des affaires de l'entreprise. Le gérant « moindre commerçant » ne saurait en effet en aucun cas être contraint à tenir des livres, tout au plus pourrait-il lui être demandé comme justification de sa red-

4. STAUB, § 338, note 1.

5. Décision de la Cour Suprême, tome XIX, p. 390, chap. 16; Décision du Tribunal d'Empire, tome XXV, p. 88.

dition de compte les notes et papiers qui ont servi à l'établir ⁶.

Rien ne s'oppose à ce que les droits de contrôle du participant soient étendus ou restreints. Ainsi il peut être décidé qu'au lieu d'être exercés seulement à la clôture de chaque exercice social, ils seront exercés plusieurs fois par an. Mais le participant ne doit pas abuser de ce droit. Aurait-il le droit d'exercer son contrôle par exemple tous les mois, il doit faire en sorte de ne pas déranger la marche normale des affaires de l'entreprise par des interventions trop fréquentes aussi bien vis-à-vis du personnel qu'à l'égard des papiers et livres commerciaux. Il faut même aller jusqu'à dire qu'il ne doit pas essayer de pénétrer les secrets de l'exploitation, s'il en existe ⁷.

En sens contraire, le contrat peut restreindre les droits de contrôle du participant lequel peut, par exemple, renoncer entièrement à son droit annuel à la communication du bilan et à l'examen des livres et papiers. Le participant court alors de grands risques. La loi a voulu dans ce cas le protéger malgré lui et elle lui accorde le droit spécial de contrôle « pour motifs graves », au cas où il y a un motif sérieux de croire à une gestion systématiquement déloyale de l'affaire. Une clause du contrat qui refuserait au participant l'exercice de ce droit serait sans effet ⁸.

§ 2. — PARTAGE DES GAINS ET DES PERTES

Le but essentiel de la S. G. comme de toute autre société de commerce n'est pas autre chose que la re-

6. SEEVER, thèse, p. 90; BEHREND, *ibidem*, p. 672; STAUB, § 338, Rem. 6.

7. SEEVER, thèse, p. 92.

8. STAUB, § 338, Rem. 10; FLECHTHEIM, § 338, n° 4.

cherche du bénéfice et son partage entre les associés, entre *tous* les associés. Il serait complètement en contradiction avec la nature de la S. G. que l'un d'entre eux soit exclu de toute participation aux bénéfices.

C'est tout naturellement le contrat lui-même qui va décider normalement des modalités du partage; c'est là un point essentiel et il est bien rare de ne rien trouver dans le contrat à ce sujet. S'il y avait des doutes sur la stipulation d'un véritable partage de bénéfices, cela suffirait à empêcher la société d'exister.

Les parties ont toute liberté pour régler cette question et généralement précisent la part respective qui en reviendra à chacune d'entre elles. Si les parties ont simplement posé le principe du partage des bénéfices sans en indiquer les modalités, la question sera généralement soumise à l'appréciation des Tribunaux, à moins qu'un accord amiable n'intervienne entre les parties. L'art. 336, alinéa 1, précise que la part de bénéfices sera censée avoir été établie dans une proportion raisonnable en rapport avec les circonstances. Ce texte écarte ainsi expressément l'application de l'art. 722 du Code Civil, selon lequel chaque associé participe pour une part *égale* aux bénéfices et aux pertes. C'est qu'en effet dans la S. G. les apports des deux associés sont par nature et par importance en général complètement différents. La décision judiciaire qui interviendra prendra en considération pour un partage proportionnel des bénéfices et des pertes, l'importance de l'apport du participant, le genre d'entreprise dont il s'agit, la situation juridique des associés l'un par rapport à l'autre, enfin les circonstances économiques du moment⁹.

9. SEEVER, thèse, p. 94.

Si les associés ont convenu que le rapport de leurs mises de fonds respectives constituerait la base du partage des bénéfices et des pertes ceux-ci seront calculés jusqu'à la dissolution de la société sur la base du rapport des mises de fonds au moment de la conclusion du contrat, et non sur la base de leur rapport par la suite ¹⁰.

Le mode de partage des bénéfices n'est soumis à aucune restriction; ainsi il peut être convenu que le participant en touchera un certain pourcentage, par exemple 20 %, ou bien une quote-part déterminée suivant certaines modalités de progression ou de dégression. Il est nécessaire seulement que la part de bénéfices soit établie de telle sorte que des résultats sociaux variables affectent la part du participant ¹¹. Ainsi il n'y aurait pas S. G. si celui-ci se contentait de recevoir un intérêt fixe, 10 % par exemple, pour son apport, même si, par ailleurs, il participait aux pertes. Par contre, rien ne s'oppose à ce que le participant reçoive un intérêt fixe, par exemple 5 % de son apport, plus une part des bénéfices sociaux, par exemple 20 %; et cela même si cette part de bénéfices ne doit jouer par son peu d'importance qu'un rôle tout à fait secondaire. Le Tribunal d'Empire qui avait tout d'abord eu une jurisprudence contraire, s'est finalement rallié à cette solution ¹².

Ainsi la raison décisive de l'existence d'une S. G. ne réside pas dans la rétribution forfaitaire d'une aide pécuniaire ou en nature, mais dans ce fait qu'un apport est soumis aux destinées incertaines et changeantes de l'entreprise commerciale.

10. Décision du Tribunal d'Empire, tome XXV, p. 46.

11. STAUB, § 335, note 21.

12. Revue *Recht*, 1914, n° 114. — Décision en sens contraire précédemment du Tribunal d'Empire, tome XX, p. 165.

Il se peut que l'importance de la quote-part de bénéfices devant revenir au participant soit limitée par un maximum, mais ce cas se présente assez rarement.

Le gérant devra à la fin de chaque exercice social établir le compte de profits et pertes. Le bénéfice devant revenir au participant sera calculé, et devra lui être immédiatement versé. C'est ce qui ressort de l'art. 337, alinéa 1, duquel on peut encore déduire que si le bénéfice ne lui était pas alors versé, le participant pourrait faire valoir son droit en justice sans délai.

Si le participant est à même de faire le compte lui-même de sa part de bénéfices, en raison soit de la simplicité de l'affaire, soit des facilités qu'il peut avoir comme prenant part à la gestion, sa demande en justice aura pour objet, immédiatement, d'obtenir le paiement du bénéfice dû. Sinon, comme le paiement n'est généralement différé qu'à cause d'une contestation sur le montant de la part de bénéfices dus, il devra agir tout d'abord en communication du bilan ¹³.

Du jour de l'échéance les intérêts de retard sont dus de plein droit au taux de 5 % si le participant est commerçant. S'il n'est pas commerçant, il suffira d'une sommation pour que les intérêts courent contre le gérant au taux civil de 4 % ¹⁴.

Si le participant avait reçu une part de bénéfices plus grande que celle qui devait lui revenir, le gérant aurait le droit de réclamer le surplus à titre d'enrichissement sans cause (art. 812 et suivants du Code Civil).

Il se peut que le versement au participant de la part de bénéfices lui revenant soit défavorable aux affaires de l'entreprise; que celle-ci ait besoin de tous ses fonds de roulement. Cela importe peu. Le participant est en

13. STAUB, § 337, Rem. 4.

14. SEEVER, thèse, p. 99.

droit de réclamer sa part, et a tous les moyens de droit habituels pour se la faire payer ¹⁵.

Mais il arrive que le participant, soit à cause de ces circonstances, soit par simple négligence, laisse sa part de bénéfices dans l'affaire pendant une ou plusieurs années. Son apport n'en sera point pour cela augmenté d'autant; l'art. 337, alinéa 4, l'indique formellement. Les deux éléments resteront distincts. Le bénéfice non retiré par le participant doit être considéré comme simplement crédité à l'actif de son compte, et constitue à l'égard du propriétaire de l'affaire un avoir indépendant, non productif d'intérêts, mais disponible à vue.

Rien ne s'oppose naturellement à ce que les parties conviennent que cet avoir constituera un accroissement de l'apport (art. 337, alinéa 4 *in fine*) ou bien un simple prêt au propriétaire de l'affaire. Il peut même être convenu qu'il sera employé à couvrir des pertes ultérieures ¹⁶. Mais si aucune convention de ce genre n'est intervenue le participant peut à tout moment en réclamer le versement, même si, à ce moment, l'exploitation subit des pertes ¹⁷.

Supposons maintenant qu'au lieu de faire des bénéfices, la S. G. subisse des pertes. La part en revenant au participant diminuera d'autant son apport, et celui-ci n'aura par conséquent aucune somme à déboursier. En effet, le gérant ne peut réclamer au participant quoi que ce soit en sus de son apport.

Mais si des bénéfices surviennent ultérieurement, ils devront obligatoirement être employés à compenser la perte subie et à compléter ainsi l'apport diminué jusqu'à ce qu'il ait atteint à nouveau son montant origi-

15. SEEVER, *ibidem*.

16. STAUB, § 337, Rem. 9.

17. Décision du Tribunal d'Empire, tome XLVIII, p. 82.

naire. Jusqu'à ce moment le participant ne peut obtenir le versement d'aucune part des bénéfices (art. 337, alinéa 3).

Bien entendu la question du partage des pertes ne se pose qu'entre les deux associés, d'ailleurs, le plus souvent, ce seront simplement dans les écritures que les pertes apparaîtront. Mais si l'entreprise était devenue insolvable, les créanciers ne pourraient jamais rien réclamer au participant, lequel d'ailleurs leur est en principe inconnu.

Dans l'art. 336, alinéa 1, la loi a établi une disposition qui est à l'opposé des principes du droit français sur les sociétés¹⁸. Le participant d'une S. G. peut être exclu de toute participation aux pertes. En droit français, un contrat de société assorti d'une telle clause serait nul, car il constituerait une « société léonine ». Les auteurs allemands ne sont d'ailleurs pas tous d'accord pour approuver ce texte, et notamment Staub¹⁹ s'élève contre.

Mais faute d'une stipulation expresse à ce sujet dans le contrat, la loi suppose que la volonté des parties a été que le participant prenne part aux pertes dans la même mesure qu'il prend part aux bénéfices. L'art. 336 vu ci-dessus s'applique aussi bien au partage des pertes qu'à celui des bénéfices : la participation aux pertes est donc également censée avoir été établie dans une proportion raisonnable en rapport avec les circonstances.

La limite de la participation aux pertes de l'associé tacite est le montant de son apport. Il peut cependant être stipulé au contrat qu'il participera aux pertes même au delà.

S'il est stipulé au contrat que, quelle que soit la

18. Voir ci-dessous p. 78 s.

19. STAUB, § 250, Rem. 6.

marche de l'affaire, l'apport du participant sera rémunéré par un intérêt fixe garanti, cela sous-entend exclusion de toute participation aux pertes²⁰. Souvent, il est convenu simplement qu'à l'expiration de la société, l'apport fourni sera restitué intégralement. Cette clause n'empêchera pas qu'au cours de la vie sociale, le compte du participant pourra être débité de la part qui lui incombera dans les pertes subies annuellement²¹.

A la liquidation de la société, il se peut que les bénéfices survenus ultérieurement n'aient pas suffi à couvrir les pertes subies ou bien que les derniers exercices sociaux aient tous été déficitaires; dans ce cas le participant retrouvera son apport amoindri, ou même peut-être complètement évanoui.

La question se pose maintenant de savoir si le participant, au cas où sa part de pertes excède le montant de son apport, ne prendra plus aucune part, par la suite, à cette perte supplémentaire.

Selon Lehmann et Ring²², le montant de l'apport est le maximum jusqu'auquel le compte du participant peut être débité des pertes successives, et si de nouvelles pertes surviennent, elles ne le touchent absolument plus. On peut exprimer ce point de vue en disant que le compte du participant dont l'apport constitue l'actif ne peut à aucun moment présenter un solde débiteur. Supposons un apport de 50.000 marks. Deux exercices sociaux déficitaires ont produit une part de pertes incombant au participant de 60.000 marks. Selon Lehmann et Ring il faudrait dire que celle-ci n'est réellement que de 50.000 marks. Jusqu'ici d'ailleurs cela revient au même, puisque le gérant ne peut réclamer les 10.000 marks

20. FLECHTHEIM, § 336, Rem. 5.

21. FLECHTHEIM, *ibidem*.

22. LEHMANN et RING, § 337, n° 6.

supplémentaires au participant. Mais supposons maintenant que l'exercice suivant particulièrement prospère donne une part de bénéfices de 60.000 marks revenant au participant. En adoptant le point de vue de Lehmann et Ring il faudrait dire que le gérant se verrait alors obligé de verser 10.000 marks au participant comme bénéfice excédant la reconstitution de son apport. Or cette solution est absolument inadmissible, parce que profondément injuste. D'ailleurs elle irait à l'encontre même des stipulations du contrat, qui ont prévu un pourcentage déterminé de bénéfices au profit de chaque associé ²³. C'est donc la solution inverse qui s'impose et c'est elle en effet que la plupart des auteurs ont adoptée ²⁴. On admettra donc que le compte du participant sera débité de toute la part de pertes lui incombant, même au delà de l'actif dudit compte, et qu'il ne sera versé de bénéfice que lorsque le compte présentera à nouveau un solde créditeur.

Si au moment de la liquidation de la société, le compte du participant est resté débiteur, ce dernier n'aura rien à verser puisque son apport reste toujours la limite maxima de sa participation aux pertes.

§ 3. — RELATIONS AVEC LES TIERS ET QUESTION DE LA « FIRMA »

La S. G. est une société purement interne, sans relations avec l'extérieur. Vis-à-vis des tiers, tout se passe comme si elle n'existait pas. Son gérant, le propriétaire de l'entreprise commerciale, n'agit jamais qu'en cette dernière qualité et non comme représentant de la so-

23. SEEVER, thèse, p. 103.

24. EN ce sens FLECHTHEIM, § 337, n° 14; STAUB, § 337, Rem. 6.

ciété. C'est là une différence remarquable et essentielle avec les autres sociétés de commerce.

Il en résulte qu'il n'y aura pas de patrimoine social; qu'il n'y aura pas non plus d'inscription spéciale de la société au registre du commerce. Par contre le gérant sera le plus souvent inscrit lui-même comme commerçant, comme propriétaire d'un fonds de commerce. La S. G. n'a donc pas de firme propre. L'affaire commerciale, inchangée en apparence, mais en réalité transformée en S. G., continuera à fonctionner sous la firme qu'elle possédait déjà. Par contre si le gérant est « moindre commerçant », il n'y aura aucune firme.

En aucun cas le gérant ne doit se servir du nom du participant pour l'ajouter ou le substituer au sien dans le corps de la firme qu'il entend donner à son entreprise. Il ne doit pas non plus y laisser apparaître une addition quelconque indiquant qu'il entretient un rapport de société avec un participant.

Cependant, à l'inverse du vieux Code de Commerce allemand (ancien article 257), le nouveau Code de Commerce n'a pas pros crit d'une façon absolue la possibilité de faire entrer le nom du participant dans la firme. Ainsi cela se réalise-t-il quelquefois, par exemple, dans le cas suivant : un commerçant, dont la firme était formée par son propre nom, ce qui est le cas habituel, cède son entreprise à un tiers, mais convient de former avec lui une S. G. où lui-même jouera le rôle de participant. Un autre cas peut encore se présenter : soit une société en nom collectif dont la firme est par exemple Schwartz und Bergmann; supposons qu'elle vienne à être dissoute par accord des associés, mais Bergmann décide de continuer l'entreprise sous la même firme (ce qui est possible avec la conception allemande de la firme). Il devient seul propriétaire de l'af-

faire, mais il convient avec Schwartz de former une S. G. dans laquelle ce dernier sera participant. Sous l'empire du vieux Code de Commerce ces combinaisons, si elles se présentaient, étaient sanctionnées très durement par la pleine responsabilité personnelle et solidaire du participant vis-à-vis des créanciers de l'entreprise. Aussi, dans la pratique, elles ne se rencontraient pas, ou au moins y avait-il toujours modification de la firme faisant disparaître le nom du participant ²⁵. Ces combinaisons ont réapparu avec le nouveau Code qui n'a pas repris la disposition sévère du vieux Code de Commerce. Ainsi actuellement n'a-t-on pas le droit de conclure toujours à une responsabilité personnelle du participant, lorsque son nom est contenu dans la firme.

Dans la S. G., le gérant, propriétaire de l'affaire, n'agit jamais au nom de la société, mais toujours en son nom propre. Le participant, d'autre part, ne saurait non plus agir comme représentant de la société et conclure des affaires en cette qualité. D'ailleurs il est en principe exclu de toute activité dans la conduite de l'entreprise et on ne conçoit pas qu'il puisse se substituer au propriétaire de l'affaire, en cas d'empêchement, de défaillance ou de négligence de celui-ci, pour entrer à sa place en rapport avec les tiers; cela serait contraire à la nature essentiellement secrète de la S. G. Mais il serait possible que par des pouvoirs spéciaux conférés à cet effet, par une *Prokura* par exemple, le participant se voie confié par le gérant des droits dans la conduite de l'affaire. Mais même dans ce cas, le participant ne représente pas la société, mais seulement le propriétaire de l'entreprise, au nom et pour lequel il

25. SEEVER, thèse, p. 106.

entre en relations avec les tiers et conclut des affaires.

Bien évidemment comme les affaires du propriétaire de l'entreprise et celles de la société se confondent, toute l'activité du participant rejaillira sur le résultat final de l'affaire, sous forme de bénéfices ou de pertes.

Le principe de la liberté du commerce s'oppose à ce que par contrat le participant puisse s'engager à ne pas exercer ou à limiter son activité propre dans le genre d'affaires que traite la S. G. Toutes les affaires conclues par lui pour son compte dans ce domaine produiront leur plein effet, comme s'il n'existait pas de S. G. et ne pourraient être attaquées en nullité par le gérant, même si elles contreviennent à des stipulations du contrat les interdisant ²⁶.

Les actions en justice, tant en demande qu'en défense, sont l'affaire du gérant seul, agissant toujours en son propre nom. La S. G. n'y sera mêlée en rien. Le participant n'étant pas partie au contrat, pourra être cité et entendu comme témoin.

§ 4. — RESPONSABILITÉ RESPECTIVE DES ASSOCIÉS

Dans une S. G., il n'existe pas à proprement parler de créanciers sociaux. Juridiquement il ne s'agit jamais que de créanciers du propriétaire de l'entreprise. Seul ce dernier est en effet connu en principe des tiers pour les affaires de son exploitation. Il est tenu comme toute personne sur l'ensemble de son patrimoine, lequel se confond d'ailleurs avec le patrimoine social qui n'existe pas comme entité distincte. L'apport du participant vient s'ajouter et s'absorber dans le patrimoine propre

26. SEEVER, thèse, p. 108.

du gérant; il y perd toute individualité et il en partage le sort juridique; si des restrictions avaient été faites à cet égard au contrat elles seraient sans valeur à l'égard des créanciers de l'entreprise.

Le participant est sans rapport direct avec les créanciers. Le plus souvent il leur est même inconnu. Mais ceux-ci connaîtraient-ils son existence, qu'ils ne pourraient cependant, en principe, s'adresser à lui pour obtenir le remboursement des dettes de l'entreprise, même si une affaire avait été conclue avec son consentement exprès.

Il peut arriver que le gérant cède à ses créanciers ses droits de créance contre le participant si celui-ci n'a pas encore versé tout ou partie de son apport. De même les créanciers peuvent se faire déléguer ses droits par le gérant. Mais dans ces différents cas, le participant n'est pas obligé vis-à-vis d'eux comme co-associé d'une S. G., mais bien comme un simple débiteur ordinaire. Il en résulte qu'il peut leur opposer toutes les exceptions qu'il peut avoir déjà contre le propriétaire de l'entreprise, par exemple la compensation.

Il y a des cas cependant où la responsabilité personnelle du participant pourrait exister à l'égard des créanciers. Tout d'abord, et cela va de soi, le cas où il s'engagerait directement vis-à-vis d'eux comme co-débiteur, solidaire ou non, avec le gérant; de même le cas où il avaliserait les obligations de celui-ci, le cas où il se porterait caution à son profit. Dans tous ces cas la responsabilité du participant ne naît pas des rapports sociaux, mais constitue un engagement purement indépendant.

Mais, par contre, il arrive qu'une certaine publicité soit faite autour de l'existence de la S. G., comportant un certain engagement de garantie du participant à

l'égard de toutes les affaires du gérant. Que faut-il décider dans ce cas? — Dans l'ancien art. 260, le vieux Code de Commerce prescrivait qu'il y avait lieu d'en décider « d'après les principes généraux du droit ». Naturellement un texte aussi vague n'avait pas manqué de faire naître parmi les auteurs les opinions les plus diverses, et des controverses doctrinales, il n'était malheureusement sorti aucun résultat pratique certain. Le nouveau Code de Commerce n'a pas repris cette disposition. Cependant la question reste entière faute de prescriptions légales positives.

En fait, dans la pratique, on peut arriver aisément à distinguer plusieurs cas. Tout d'abord il faut dire que la publicité faite autour de l'existence de la S. G. ne peut pas engager la responsabilité du participant si elle a été faite contre la volonté de celui-ci ou simplement à son insu. Il en est de même dans les cas vus précédemment où, par suite de circonstances particulières, la firme de l'entreprise contient le nom du participant.

Mais en dehors de ces cas, jusqu'à quel point peut-on dire qu'une certaine publicité faite autour de l'existence de la S. G. comporte un engagement de garantie de la part du participant? Cela dépend évidemment des circonstances. Si, par exemple, dans une conversation ou sur la demande d'un intéressé, on fait mention de ce fait, il est bien évident que cela ne suffirait pas à produire l'effet juridique d'un engagement personnel de garantie. On peut en dire autant du cas où cette publicité se trouve faite par des circulaires, des annonces, des notes ou informations dans certains journaux financiers, et où par conséquent elle atteint un nombre *indéterminé* de personnes ²⁷.

27. LEHMANN et RING, § 335, n° 19.

Au contraire, la publicité peut être faite à l'égard de personnes déterminées et comporter, outre l'annonce de l'existence de la S. G., la mention du montant de l'apport ou l'indication d'autres stipulations spéciales du contrat. Il faut voir là sans nul doute l'intention d'amener les tiers à contracter plus volontiers avec le propriétaire de l'affaire, à lui accorder crédit. Si un tiers conclut une affaire dans ces circonstances, il n'y a pas de doute, il y a un recours contre le participant comme garant de tous les engagements que pourra avoir pris le propriétaire de l'entreprise. Mais, dans ce cas, comme le participant est responsable en tant que co-associé, le montant de son apport reste toujours la limite maxima de sa responsabilité; celle-ci est en effet seulement subsidiaire. Si l'apport a déjà été versé entièrement au gérant ou s'il a été déjà épuisé par des réclamations de créanciers antérieurs, le participant est complètement déchargé de toute responsabilité. En toute hypothèse d'ailleurs, le participant ne saurait être tenu qu'à l'égard des créanciers dont les titres sont postérieurs à la publicité faite autour de l'existence de la participation. De plus les créances doivent être relatives à des affaires traitées dans le cadre de l'entreprise ²⁸.

Mais d'un autre côté, aux réclamations des créanciers, le participant ne saurait objecter qu'il a déjà payé l'un d'eux. Il ne saurait non plus leur objecter que la S. G. a cessé d'exister. Il est tenu en effet séparément vis-à-vis de chacun des créanciers envers lesquels il s'est engagé par la promesse de garantie, et le lien de S. G. ne cessera d'exister pour ceux-ci que si sa dissolution leur a été annoncée sous la même forme que pré-

28. LEHMANN et RING, *ibidem*.

cédemment son existence, ou bien s'il peut être prouvé que les créanciers en ont eu connaissance autrement.

L'étendue de la responsabilité du participant est proportionnée au plus ou moins grand nombre des stipulations du contrat ayant fait l'objet de la publicité. Si le montant de la participation aux pertes du participant y était inclus, celui-ci ne serait pas tenu au delà. Et au cas de clause de non-participation aux pertes publiée dans les mêmes conditions, il est certain qu'elle serait opposable aux créanciers et qu'en conséquence le participant serait déchargé de toute responsabilité à leur égard. Mais, au contraire, si le participant n'a pas fait connaître sa quote-part ou sa non-participation dans les pertes, il ne pourra pas par la suite en réclamer le bénéfice; il sera tenu jusqu'au montant total de son apport tel qu'il a été déclaré.

CHAPITRE III

DISSOLUTION DE LA STILLE GESELLSCHAFT

§ 1. — CAUSES DE DISSOLUTION

La dissolution de la société met fin aux obligations de chacune des parties : le participant se trouve dégagé de son obligation de fournir l'apport, au cas où il reste encore le devoir en totalité ou en partie, et le gérant à partir de ce moment ne subit plus aucune immixtion dans la conduite de son affaire.

La dissolution marque le terme de l'existence de la S. G. Mais peut-on dire d'elle comme des autres sociétés de commerce qu'elle se survit pour les besoins de sa liquidation? Non, car dès l'instant où se produit la dissolution, le participant se trouve vis-à-vis du propriétaire de l'affaire dans la situation d'un simple créancier, et, contrairement à ce qui se passe dans les autres sociétés, il ne prend plus aucune part aux affaires qui seront faites par l'entreprise à partir de ce jour. La loi prévoit bien que le participant participera aux affaires encore en suspens au jour de la dissolution, mais cela ne suffira pas à maintenir le lien de société. Le participant aura simplement un droit d'information et un droit supplémentaire de créance concernant lesdites affaires exclusivement ¹.

1. STAUB, § 340, Rem. 1; FLECHTHEIM, § 339, n° 2.

Ici, pas de dissolution partielle comme dans une société en nom collectif ou dans une commandite, au cas, par exemple, de départ d'un associé. Comme il n'y a jamais que deux associés dans une S. G., le départ de l'un d'entre eux entraîne forcément la dissolution complète. Si un des associés est une société ou un groupement de personnes, il peut se produire des modifications dans le nombre des personnes faisant partie de la société ou adhérant au groupement. Celles-ci n'influeront en rien sur la S. G., puisque vis-à-vis de l'autre associé la société ou le groupement ne représente jamais qu'une personne unique.

Le vieux Code de Commerce allemand énumérait en détail dans l'ancien art. 261 les différentes causes de dissolution. Le nouveau Code dans l'art. 338 se borne à renvoyer à quelques textes du Code sur la dissolution des sociétés en nom collectif (art. 132, 134 et 135). Pour les compléter le cas échéant, il y a lieu d'en rapprocher les dispositions très détaillées du Code Civil sur la société civile.

a) *Dissolution par la volonté de la loi.*

1. *Décès de l'un des associés.*

Le décès du participant n'entraîne pas la dissolution de la S. G. L'art. 339, alinéa 2, le dit expressément. De plein droit et immédiatement, son héritier prend sa place et devient titulaire de ses obligations et de ses droits. Cependant, il peut en avoir été décidé autrement au contrat. S'il y a plusieurs héritiers, ils se trouvent de plein droit réunis en une sorte de groupement, de société de fait. Dans ses rapports avec le gérant, ce groupement constitue une personne unique dégagée de la personnalité de ses membres. Si l'un des héritiers

n'était pas enclin à faire partie de ce groupement, étant par exemple en désaccord avec ses co-héritiers sur l'opportunité de continuer la participation, il n'aurait pas la possibilité de s'y soustraire. Tout ce qu'il pourrait faire serait de renoncer à sa part dans la succession ².

Si le décès du participant n'entraîne pas la dissolution de la S. G., par contre celui du gérant l'entraîne en principe. C'est l'art. 727 du Code Civil qui s'applique ici, faute de disposition spéciale du Code de Commerce concernant la S. G. D'ailleurs la solution s'impose; mais, et cela est assez fréquent, il peut être convenu dans le contrat que la société ne sera pas dissoute, mais qu'elle se continuera avec le ou les héritiers du propriétaire de l'affaire ³. Egalement ici, si l'un des héritiers n'est pas disposé à continuer la participation, il ne peut se soustraire aux obligations contractuelles héritées de son auteur qu'en renonçant à la succession ⁴.

Si le contrat de société n'a rien prévu, les héritiers du gérant et le participant concluent assez fréquemment une convention aux termes de laquelle la société sera continuée sur les mêmes bases que précédemment. Mais juridiquement il y a là fondation d'une nouvelle S. G.

Il arrive que l'un des héritiers, immédiatement après le décès du gérant, continue les affaires en cours pour éviter des pertes qu'aurait entraînées le moindre retard. A cet égard, cet héritier reste un tiers vis-à-vis du participant tant qu'il ne s'est pas mis d'accord avec ses cohéritiers sur les soins ultérieurs à donner

2. SEEVER, thèse, p. 121.

3. LEHMANN et RING, § 339, n° 8; FLEICHTHEIM, § 339, Rem. 4.

4. SEEVER, *ibidem*.

à l'affaire, et par conséquent jusqu'à ce moment ses actes ne sont pas opposables au participant.

2. Faillite d'un associé.

Si l'un quelconque des associés tombe en faillite, la société est dissoute de plein droit. Que ce soit le gérant ou le participant, la solution donnée par l'art. 728 du Code Civil et qui s'applique ici faute de disposition spéciale, doit être considérée comme équitable. En cas de faillite du gérant, la conduite de l'affaire lui étant retirée et passant au syndic, il serait inconcevable que l'exploitation continue dans ces conditions. En cas de faillite du participant, il y a d'aussi bonnes raisons de déclarer la société dissoute. En effet, si d'un côté il faut admettre que l'apport se trouvant brusquement retiré du patrimoine du gérant, il va en résulter pour celui-ci un grave préjudice, il n'en faut pas moins considérer que le préjudice subi par les créanciers du participant serait beaucoup plus considérable si l'apport n'était pas restitué pour être joint à la masse de la faillite.

Il en résulte que la dissolution de la S. G. en cas de faillite de l'un quelconque des associés est un droit absolu, et qu'aucune convention contraire entre les parties ne peut intervenir utilement. Par là, la S. G. diffère de la société civile, pour laquelle l'art. 736 du Code Civil prévoit, sous certaines conditions, une convention possible en ce sens. Ceci s'explique en partie par ce fait que la société civile comporte en général plus de deux associés, ce qui n'est pas le cas pour la S. G.

3. But social atteint ou devenu impossible.

Cette double cause de dissolution tient à ce fait que le contrat de société a toujours été conclu en vue de

l'atteinte d'un but déterminé. Ce but est toujours celui de faire des bénéfices, et par là la vie de la société est essentiellement liée à la pérennité de la source de bénéfices. Ainsi, si l'objet de la S. G. était, par exemple, l'exploitation d'une carrière, le but social sera atteint lorsque la carrière sera épuisée, et à partir de ce moment la société n'a plus de raison d'exister. L'atteinte du but social peut, par ailleurs, être devenue impossible; par exemple si un phénomène physique ou le vote d'une loi nouvelle empêchent complètement la continuation de l'exploitation.

Mais il y a des cas où il est difficile de décider si le but social est atteint, s'il est devenu impossible. C'est alors chaque fois une question d'espèce que les Tribunaux apprécieront suivant les circonstances particulières qui ont accompagné ⁵.

Un rendement défectueux de l'affaire, même pour une cause extérieure, comme la guerre, ne peut être regardé comme une base de dissolution pour but social devenu impossible; il donnera simplement le droit à dénonciation prématurée du contrat. Mais en cas de guerre, il arrive aussi que le commerce de certains articles soit interdit. Si l'objet de la S. G. est justement l'un d'eux, il est certain que la dissolution pourra intervenir sur la demande de l'un quelconque des associés.

4. Survenance du terme ou de la condition résolutoire.

Cette cause de dissolution va de soi. Le terme peut être, non pas une date fixe, mais l'arrivée d'un événement futur certain, comme par exemple le décès du participant. Bien entendu le terme ou la condition

5. SEEVER, thèse, p. 125.

résolutoire une fois arrivé, les parties pourront toujours décider, soit par conventions expresses, soit tacitement, de continuer le lien de société. Faute de conventions spéciales, la société sera continuée par tacite reconduction pour une durée indéterminée.

b) Dissolution par le fait des associés ou des tiers.

1. Mutus dissensus.

Les associés sont toujours libres par un nouvel accord de volontés de mettre fin à la participation, que celle-ci ait été conclue pour une durée indéterminée ou au contraire pour une durée fixe.

2. Dénonciation du contrat avec préavis.

Sur ce point, l'art. 339, alinéa 1, renvoie expressément aux articles 132 et 134 qui sont relatifs à la société en commandite. Il faut tout d'abord qu'il s'agisse d'une société formée pour une durée indéterminée et il faut assimiler à la société formée pour une durée indéterminée la société formée pour la durée de la vie humaine, de même que celle continuée par accord tacite entre les parties après l'arrivée du terme fixé pour sa durée. L'associé qui désire y mettre fin doit prévenir son coassocié au moins six mois à l'avance avant la clôture de l'exercice social en cours, et c'est cette date de clôture de l'exercice qui sera obligatoirement la date de la dissolution de la société — ceci pour faciliter le plus possible les opérations de la liquidation. Ce délai de préavis et cette date de clôture s'appliquent au gérant comme au participant.

Le renvoi exprès que fait la loi aux articles 132 et 134 relatifs à la commandite exclut par là l'application des dispositions du Code Civil. L'art. 723, alinéa 1, de

ce Code sur la Société Civile, dispose en effet, au contraire, que la société civile formée pour une durée indéterminée peut, à tout moment et sans délai de préavis, être dénoncée par l'un quelconque des associés. L'équité s'oppose à ce qu'une telle disposition s'applique à la S. G. En effet, il serait très dur pour le gérant d'être obligé à un moment quelconque de rembourser l'apport comptant au participant. De même, en cas de dénonciation par le gérant, le participant se trouverait subitement avec des capitaux liquides pour lesquels il ne trouverait peut-être pas un emploi immédiat.

Les parties ne sont pas contraintes d'adopter le délai de six mois; celui-ci ne s'applique que dans le silence du contrat. Mais, des art. 132 et 134 il ressort que le délai de six mois est un délai minimum; les parties peuvent bien, si elles le veulent, prévoir un délai plus court, ou par ailleurs s'engager pour leur vie entière, mais ces clauses ne pourront être invoquées devant les Tribunaux et elles ne produiront d'effet que si les deux parties les observent volontairement.

La dénonciation entraînera dissolution de la Société à la clôture de l'exercice social en cours et non pas à l'expiration du délai de préavis; ces deux dates peuvent d'ailleurs coïncider. Mais si la clôture de l'exercice en cours intervient avant l'expiration du délai de préavis, la société ne se trouvera dissoute que pour la clôture de l'exercice suivant.

3. Dénonciation à titre extraordinaire « pour motifs graves ».

Que la société ait été conclue pour une durée déterminée ou pour une durée indéterminée, cela n'a d'importance que pour la dénonciation avec préavis. Au

contraire, tout associé peut, sans avoir à observer aucun délai de préavis, dénoncer le contrat de société s'il existe un « motif grave » (*wichtiger Grund*). Ceci résulte de l'art. 723 du Code Civil, auquel l'art. 339 du Code de Commerce renvoie expressément. Mais l'art. 723 ne donne pas d'énumération limitative des motifs graves pouvant justifier cette dénonciation à titre extraordinaire. Et, à aucun autre endroit dans la loi, on ne trouve d'indication précise à ce sujet. Ceci s'explique d'ailleurs aisément, car il n'était certes pas possible au législateur d'établir une telle liste, les motifs graves étant par nature aussi divers que possibles.

A défaut de précisions, la loi donne tout de même une indication en disant « qu'il peut être parlé de motifs graves lorsqu'un des associés manque à une des obligations essentielles nées du contrat lui incombant, volontairement ou par faute lourde, ou bien lorsque l'accomplissement par lui d'une telle obligation est devenue impossible ».

Cette formule un peu vague doit être éclairée par des exemples concrets tels que les suivants : emploi de l'apport contrairement aux stipulations du contrat; modifications apportées par le gérant dans l'activité de l'affaire, par exemple, dans son objet, contrairement aux stipulations du contrat; incapacité manifeste du gérant de conduire l'entreprise.

Dans la pratique, les Tribunaux sont appelés souvent à juger s'il y a ou non motif grave. En effet, le co-associé n'admettra que rarement spontanément qu'il a manqué à une de ses obligations. Le Tribunal appelé à en juger éclairera sa religion en prenant en considération notamment les rapports personnels des associés, tels qu'ils ont été prévus au contrat et tels qu'ils ont existé au cours de la vie sociale.

Ce droit de dénonciation pour motifs graves est un droit absolu. Serait frappée de nullité toute clause du contrat selon laquelle ce droit serait exclu ou même limité.

La dénonciation de la société se produit normalement par la déclaration de volonté que l'un des associés porte à la connaissance de l'autre. S'il y a procès sur son bien-fondé, ce n'est pas la date du jugement qui marque la dissolution; celle-ci remonte au jour même de la dénonciation. Le jugement n'a qu'un effet déclaratif et non constitutif de droit.

Si la dénonciation est fondée sur un manquement volontaire de l'un des associés à ses obligations ou une faute lourde commise par lui, une demande en dommages-intérêts accompagnera fréquemment la demande principale en reconnaissance du bien-fondé de la dénonciation. En effet, un préjudice est causé au demandeur qui perd le bénéfice que les suites du contrat lui auraient procuré.

4. Situation des créanciers : cas où ils peuvent dénoncer la société.

En ce qui concerne les créanciers du gérant, la question ne se pose pas. Il est indifférent pour eux de pouvoir ou non dénoncer le contrat de société. En effet, ils ont comme gage tout le patrimoine du gérant, y compris par conséquent l'apport du participant. La dénonciation de la société ne leur procurerait donc aucun avantage.

Par contre, les créanciers du participant ont un droit de saisie sur l'apport, bien qu'il soit passé dans le patrimoine du gérant. Mais la loi ne veut pas que les créanciers puissent venir saisir cet apport avant d'avoir tenté l'exécution sur les autres biens du participant.

Ainsi il faut au préalable que les créanciers aient procédé à la saisie de sa fortune mobilière et que celle-ci n'ait pas suffi à les désintéresser. Il faut en outre que le créancier qui procède à la dénonciation ait effectué la saisie de l'apport entre les mains du gérant et ait obtenu la délégation de l'actif qui reviendra au participant à la liquidation de ses droits avec le gérant⁶. Dans ces conditions, le créancier peut dénoncer la société, et ceci portera effet pour la date de clôture de l'exercice social en cours. Par conséquent, il n'y a pas de délai de préavis de six mois à observer et il importe peu également que la société ait été formée pour une durée déterminée ou indéterminée⁷.

Naturellement la dissolution peut toujours être empêchée par le retrait de la dénonciation faite par le créancier ou bien par le simple fait que celui-ci a été désintéressé par un tiers, lequel est fréquemment le coassocié même, c'est-à-dire le gérant-propriétaire de l'entreprise.

§ 2. — EFFETS DE LA DISSOLUTION

a) *Généralités.*

Ici encore le caractère essentiellement interne de la S. G. apparaît nettement, en ce qu'à l'égard des tiers la dissolution ne produit aucun effet de droit.

Pas de patrimoine social, donc pas de dettes sociales. Seul le gérant est tenu sur son propre patrimoine des dettes de l'entreprise. La liquidation de la société est ainsi restreinte aux rapports internes des deux associés.

Les opérations de la liquidation commencent par un

6. SEEVER, thèse, p. 133 et Art. 135 C. de C.

7. SEEVER, *ibidem*.

arrangement que prend le gérant avec le participant concernant la restitution de l'apport. A ce sujet, l'article 340, alinéa 1, indique que le gérant doit régler l'apport en argent. En général, à l'apport s'ajouteront au moment de la restitution, les bénéfices acquis au participant depuis la clôture du dernier exercice et non encore distribués. En pratique, cela va donner lieu à une reddition de comptes du gérant et la restitution de l'avoir total du participant ne s'effectuera généralement qu'au bout d'un certain temps après la dissolution.

Fréquemment, il reste au moment de la dissolution des affaires encore en suspens. Il s'ensuit que le règlement des comptes entre les parties n'est pas définitif, puisque le participant va prendre part aux bénéfices ou aux pertes résultant de ces affaires.

Le montant de l'avoir qui revient au participant sera ainsi constitué : montant de l'apport original, plus les bénéfices non retirés et provenant d'exercices sociaux antérieurs, ainsi que ceux de la dernière période d'activité de la société depuis la clôture du dernier exercice social, moins la part de pertes incombant au participant. Si l'ensemble donne un solde actif, celui-ci doit être réglé en argent pour sa totalité, sauf stipulation contraire au contrat.

Si des objets ont été remis seulement pour usage à titre d'apport, ils devront être rendus après la dissolution et la valeur de leur usage sera créditée au compte du participant⁸.

Si l'apport a consisté en prestations de services de la part du participant, la valeur du travail fourni par lui n'entre pas en considération pour le calcul de son

8. LEHMANN et RING, § 340, Rem. 4.

avoir; il faut considérer, en effet, que les distributions annuelles qui lui ont été faites représentaient à la fois le remboursement de la valeur du travail fourni et sa part de bénéfices dans l'affaire.

Si la part de pertes incombant au participant dépasse le montant de son apport, en d'autres termes si son compte présente un solde passif, la liquidation se trouvera terminée d'elle-même, car il ne pourra rien être réclamé de plus au participant. Tout ce que le gérant pourra faire, ce sera d'appliquer à la compensation de ce solde le bénéfice qui pourra sortir des affaires encore en suspens⁹.

Une situation toute différente se présente au cas où, au moment de la dissolution, une partie de l'apport n'avait pas encore été versée. Si la partie déjà versée ne suffit pas à compenser la part de pertes incombant au participant, celui-ci est tenu de verser le reliquat de son apport (art. 337, al. 2). Mais, en réalité, ce n'est pas tout le reliquat que le participant est tenu de verser, mais seulement une partie : ce qui est nécessaire pour compenser le solde passif de son compte¹⁰.

Enfin, si le participant est exclu de toute participation aux pertes, son compte pourra bien se présenter avec un solde actif ou avec un solde passif, cela n'aura aucune importance; non seulement il n'aura aucun supplément à verser, mais encore il obtiendra la restitution de tout ce qu'il a déjà lui-même versé.

A partir de la dissolution, le participant ne prend naturellement plus part aux nouvelles affaires de l'entreprise; il en devient complètement désintéressé et le propriétaire de l'affaire peut, à son gré, la continuer ou la vendre ou simplement cesser son exploitation.

9. SEEVER, thèse, p. 138.

10. STAUB, § 340, note 7.

b) *Règlement des affaires encore en suspens au moment de la dissolution.*

Le seul lien qui continue à rattacher le participant à l'entreprise, une fois l'apport restitué, c'est le règlement des affaires en suspens. L'art. 340, alinéa 2, du Code de Commerce, de même que l'art. 740 du Code Civil pour la société civile, prévoit la participation de l'associé tacite aux résultats bons ou mauvais qu'elles donneront. Mais c'est le gérant seul, dans tous les cas, qui s'occupera de leur liquidation. Le participant avait peut-être, avant la dissolution, une certaine participation à la conduite de l'affaire, ceci est sans importance. Pour le règlement des affaires en suspens, il ne jouera aucun rôle, car à partir de la dissolution, le lien de société a disparu et les stipulations du contrat relatives au fonctionnement de l'affaire ont cessé absolument de s'appliquer. C'est donc le propriétaire de l'affaire qui, seul et suivant sa propre manière de voir, va en opérer le règlement. Il pourra, par exemple, conclure de nouvelles affaires, si cela lui semble nécessaire pour mener à bien cette liquidation. Mais dans ces opérations le propriétaire de l'affaire n'est plus tenu seulement de sa *diligentia quam in suis* comme pendant l'existence de la société; il est tenu en outre même de ses fautes légères, car la responsabilité plus indulgente qu'il avait pendant l'existence de la société n'aurait plus de raison d'être maintenant. Il y a cependant des auteurs qui estiment que le lien de société ne se dissout qu'une fois le règlement des affaires pendantes terminé ¹¹. Ainsi, pour ces auteurs, le propriétaire de l'affaire ne serait tenu jusqu'à la fin que de sa *diligentia quam in suis*.

11. LEHMANN-HOENINGER, § 56, p. 295; LEHMANN et RING, § 340, n° 25; STAUB, § 340, note 1.

Le propriétaire de l'entreprise devient débiteur du participant pour la part de bénéfices qui revient à ce dernier dans les affaires encore en suspens, leur règlement une fois terminé. Si ce règlement s'étend sur plusieurs années, le participant a le droit de réclamer une distribution annuelle de bénéfices. L'art. 340, alinéa 3, lui accorde en outre un droit spécial de contrôle et ce droit peut être exercé à la fin de chacune des années après la dissolution pendant lesquelles dure le règlement des affaires encore en suspens. Le participant peut demander des comptes détaillés, la production des papiers et de la correspondance, etc...

Il peut arriver que, pendant cette période, le participant ne retire pas les bénéfices annuels qui lui reviennent. Par là, il donne à penser qu'il entend ne vouloir participer qu'au résultat général de toutes les affaires en suspens, et, dans ce cas, le propriétaire de l'affaire est en droit d'employer ces sommes à la conclusion de nouvelles affaires qui se rattachent par leur nature à la liquidation des affaires en suspens.

Si les affaires en suspens produisent au contraire des pertes, le participant y prend part, faute de stipulations spéciales au contrat, seulement jusqu'à concurrence de son apport. Celui-ci lui ayant été déjà remboursé généralement à ce moment, il aura un versement à faire. Mais si, au moment de la dissolution, une partie de son apport n'avait pas encore été versée, et que, faute de pertes lui incombant à ce moment, le reliquat soit toujours resté entre ses mains, il n'est pas obligé de verser celui-ci pour combler les pertes provenant des affaires en suspens. En effet, le lien de société a été dissous et les obligations de chacune des parties ont cessé d'exister ¹².

12. SEEVER, thèse, p. 142.

Dans l'ensemble, toutes les dispositions prévues par l'art. 340 sur cette question des affaires en suspens sont interprétatives de volonté, et rien ne s'oppose à ce que les parties introduisent dans le contrat des stipulations contraires. Par exemple, les opérations compliquées de leur liquidation peuvent être complètement éliminées, en stipulant que le participant touchera une somme fixe à titre d'indemnité. Il peut être convenu également qu'à la place du propriétaire de l'affaire, ce sera un tiers qui procédera au règlement des affaires en suspens. Enfin, il arrive quelquefois même que le contrat stipule l'exclusion complète du participant du résultat de ces affaires ¹³.

c) *Effets spéciaux de la dissolution en cas de faillite d'un associé.*

Nous avons vu précédemment que la faillite de l'un des associés entraîne de plein droit dissolution de la S. G. Au cas de faillite du propriétaire de l'affaire commerciale, ce n'est plus avec ce dernier que le participant va procéder à la liquidation de ses droits, mais avec le syndic de la faillite (*Konkursverwalter*), auquel sont passées l'administration et la disposition de tous les biens composant la masse de la faillite. D'ailleurs, le syndic a, à l'égard du participant, la même situation juridique que le gérant. Et il n'en résultera pour le participant aucune complication spéciale, car la liquidation de ses droits va se passer complètement en dehors des opérations de la faillite (art. 16 de l'Ordonnance sur les faillites — *Konkursordnung*). Ainsi, vis-à-vis des créanciers du gérant, la situation du participant ne se trouve-t-elle pas modifiée, puisqu'en tant que coassocié du failli, il continue à leur rester étran-

13. SEEVER, *ibidem*.

ger. Par contre, ses droits une fois liquidés, s'il reste un solde actif en sa faveur, le participant ne pourra en réclamer le remboursement à titre privilégié; il devra produire à la faillite comme les autres créanciers du propriétaire de l'affaire (art. 341, alinéa 1) et recevra comme eux un dividende au marc le franc.

Sa situation est ainsi toute différente de celle du commanditaire de la Société en commandite auquel appartient un véritable droit de séparation, de revendication de sa commandite lors de la faillite du gérant (art. 51 de l'ordonnance sur les faillites). Ce droit de revendication n'appartient au participant de la S. G. que dans un seul cas, celui où il aurait remis au gérant certains objets à titre d'apport, mais en en faisant à son profit seulement abandon d'usage. Le participant pourra les reprendre en nature, mais pour la valeur de l'usage, il ne pourra que produire à la faillite comme un créancier ordinaire¹⁴.

Au cas où le participant est exclu de toute participation aux pertes, la situation est très simple, il réclamera son apport pour sa totalité ainsi que les bénéfices non encore retirés des années précédentes. Dans le cas contraire, c'est pour le solde actif de son compte que le participant produira seulement à la faillite. Mais il se peut que ce compte présente un solde passif : si l'apport a déjà été versé entièrement, pas de difficultés, le participant n'aura aucun supplément à verser. Par contre, il arrive qu'une partie de l'apport soit encore entre les mains du participant au moment où la faillite du gérant s'ouvre, et c'est là, comme nous allons le voir, une situation extrêmement favorable pour lui. En effet, l'art. 340, alinéa 2, prévoit dans ce cas que le

14. SEEVER, thèse, p. 145.

participant sera tenu de verser à la mases de la faillite non tout le reliquat de son apport, mais seulement une somme ou une valeur suffisante pour combler le solde passif de son compte. S'il était, au contraire, obligé de verser tout le reliquat, quitte à produire ensuite pour le solde actif lui revenant, il subirait pour cette somme la loi du dividende sur un pied d'égalité avec les autres créanciers du propriétaire de l'affaire. Le même avantage lui est accordé au cas où, au moment de l'ouverture de la faillite, le reliquat de son apport était bien déjà arrivé à échéance, mais où, pour une cause quelconque, il ne l'avait pas encore versé à cette date ¹⁵.

Que faut-il penser de cette solution? Elle cadre assez bien avec certaines autres solutions vues précédemment et se justifie toujours pour le même motif, que la dissolution met fin immédiatement aux obligations des associés, que par conséquent à partir de cet événement il n'existe plus pour le participant d'obligation de fournir son apport.

Le syndic va poursuivre le règlement des affaires encore en suspens à la place du propriétaire de l'affaire, et cela conformément aux prescriptions et avec les garanties prévues par l'ordonnance sur les faillites (art. 17 et suivants). Mais le participant garde son droit de contrôle sur le règlement de ces affaires exactement comme si la dissolution s'était opérée pour une autre cause. Son droit aux bénéfices résultant des affaires en suspens sera exercé sans privilège, c'est-à-dire par simple production à la faillite comme un créancier ordinaire.

Toutes ces prescriptions sont d'ordre public, au

15. LEHMANN et RING, § 341, note 3.

moins en ce sens que le contrat ne peut valablement faire au participant une situation plus favorable par rapport aux autres créanciers de la faillite ¹⁶.

Alors que pour le cas de faillite du gérant, la loi a établi des dispositions spéciales, on ne trouve rien au contraire pour le cas où c'est la faillite du participant qui a entraîné la dissolution de la S. G. C'est à l'aide de l'Ordonnance sur les faillites (art. 16) et des principes généraux que l'on peut établir comment se fera la liquidation.

Nous avons vu qu'au moment où l'apport est fourni par le participant, il passe dans le patrimoine du gérant; mais la faillite du participant va le faire rentrer automatiquement dans le patrimoine de celui-ci, c'est-à-dire dans la masse de la faillite. Y rentrera également et de plein droit, la part de bénéfices échue et non encore touchée provenant du ou des derniers exercices sociaux. Si la liquidation des droits du participant donne un solde passif et qu'il se trouve en même temps que le participant n'avait encore versé qu'une partie de son apport, le gérant, non seulement n'aura rien à restituer, mais sera encore en droit de produire à sa faillite pour le paiement de ce reliquat non versé, mais seulement jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour couvrir le solde passif du compte.

Il reste maintenant à examiner un point particulier sur lequel la loi allemande a appliqué un principe général en matière de faillite et commun d'ailleurs à presque toutes les législations, notamment au droit français (art. 446 et 447 du Code de Commerce français) : il s'agit de la période suspecte avant la faillite; elle va jouer ici plus particulièrement à l'égard des

16. Décision du Tribunal d'Empire, tome XXVII, p. 19.

actes passés entre gérant et participant. Vis-à-vis des actes passés entre ceux-ci pendant une certaine période avant l'ouverture de la faillite, les tiers ont un droit de critique et pourront faire tomber certains actes passés en fraude de leurs droits.

Le gérant, pressentant que l'effondrement de son entreprise est proche, va en effet quelquefois convenir avec le participant, surtout si c'est un parent ou un ami, de certaines combinaisons pour essayer de mettre à l'abri de la faillite une partie de l'actif, en fait, généralement l'apport. La loi cite elle-même comme exemple le cas où le gérant restitue tout ou partie de l'apport au participant, ou bien passe avec lui un acte modificatif du contrat selon lequel le participant sera dorénavant exclu de toute participation aux pertes. Tous ces actes, bien évidemment, causent un préjudice aux créanciers de l'entreprise, puisqu'ils diminuent leur gage. Pour y remédier, la loi (art. 342) ne prononce pas la nullité de plein droit de ces actes, mais accorde aux créanciers un très large droit d'attaque contre eux lequel, poursuivi en justice, conduira à déclarer leur nullité.

Ce droit existe vis-à-vis de tous les actes du failli en général, pendant la période suspecte avant la faillite, aussi bien en droit français qu'en droit allemand, mais il est moins large que dans le cas particulier que nous examinons, car de droit commun, les créanciers sont obligés de démontrer que l'acte a été fait avec l'intention de leur causer un préjudice (*Benachteiligungabsicht*), tandis qu'ici ils n'ont pas besoin de démontrer cette intention de fraude¹⁷.

La convention attaquée en nullité doit être inter-

17. LEHMANN et RING, § 342, n° 4; STAUB, § 342, Rem. 2.

venue dans l'année ayant précédé l'ouverture de la faillite : la durée de la période suspecte est donc d'un an.

La loi, nous l'avons vu, cite comme constituant de telles conventions la restitution totale ou partielle de l'apport ou la remise totale ou partielle de la participation aux pertes. Cette énumération n'est pas limitative. Il faut y comprendre une restitution non seulement en argent, ou en objets, mais aussi sous une forme quelconque, par exemple, par voie de compensation ou par abandon. De même, si le gérant accordait des sûretés à son participant, sous forme d'hypothèque ou de gage, ou surtout de nantissement sur son fonds, tous ces actes aboutiraient à un remboursement préférentiel du participant avant les créanciers et c'est justement ce que la loi veut empêcher.

On peut dire, en résumé, que toute convention entre les associés qui diminue la valeur de l'apport ou qui empire d'une façon quelconque la situation des créanciers de l'entreprise au profit du participant, tombe sous le droit d'attaque de ceux-ci. Mais naturellement si la société a déjà été dissoute avant l'ouverture de la faillite, par exemple, par la transformation de la participation en un simple prêt, il ne peut plus être question d'attaquer cette convention, car elle emporte novation et le lien de société a cessé d'exister ¹⁸.

Il peut arriver aussi que, par convention, le gérant ait fait remise au participant de la partie de l'apport que celui-ci reste encore devoir verser. Cette convention tombe-t-elle également sous le droit d'attaque des créanciers de l'art. 342? Il faut distinguer plusieurs cas. Si le contrat prévoyait la non-participation aux pertes

18. LEHMANN et RING, *ibidem*; STAUB, *ibidem*.

de l'associé tacite, la convention ne peut naturellement être attaquée. Mais si c'est le cas contraire qui se présente et qu'au surplus la liquidation des droits du participant donne un solde passif pour ce dernier, la convention sera susceptible d'être attaquée, car elle correspond dans la réalité à une remise cachée de la part de pertes lui incombant. Mais la convention ne tombera que jusqu'à concurrence de la part de pertes à couvrir¹⁹.

Contre le droit des créanciers d'attaquer les actes passés pendant la période suspecte, le participant ne dispose que de la preuve contraire. Par exemple, il pourra prouver que la faillite de l'affaire a sa cause dans des faits postérieurs aux conventions de restitution ou de remise de l'apport passées entre lui et le propriétaire de l'entreprise.

19. STAUB, § 342, n° 11.

DEUXIÈME PARTIE

La stille gesellschaft et le droit comparé

Après avoir examiné en détail l'organisation de la Stille Gesellschaft du droit allemand et avoir vu de quels principes généraux les dispositions légales s'inspirent, il nous faut maintenant passer à l'étude des institutions similaires dans les principales législations étrangères, en nous attachant principalement aux divergences et aux similitudes qu'elles présentent par rapport à la S. G.

CHAPITRE PREMIER

L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION DU DROIT FRANÇAIS

Nous ne nous proposons pas d'étudier dans ses détails l'association en participation française. Nous nous bornerons à rappeler brièvement l'évolution de la conception que notre droit s'est faite de cette institution et ensuite à examiner quelles sont les divergences principales qui la séparent de la S. G. du droit allemand.

On sait que le Code de Commerce français de 1807 n'avait consacré à l'association en participation que des dispositions extrêmement succinctes contenues dans les art. 47 à 50. La loi s'était tellement montrée avare de précisions que l'on ne savait même pas à quoi s'en tenir au juste sur la nature constitutive de cette institution. Les opinions se trouvaient partagées entre deux systèmes : le premier système voyait dans l'association en participation une société momentanée portant sur plusieurs opérations limitées dans leur nombre (*societas unius negotiationis*¹). Mais ce système était tombé rapidement en défaveur. Le deuxième système, adopté par la majeure partie de la doctrine et par la jurisprudence, était celui de l'association occulte avec, pour caractéristiques principales, les traits suivants : pas de raison sociale, pas de siège social, pas de personnalité morale². C'est cette deuxième conception de l'association en participation que la loi du 24 janvier 1921 a consacrée, en complétant les articles 47 à 50 par quelques dispositions nouvelles. Cette loi ne présente ainsi aucun intérêt particulier, car elle s'est contentée de consacrer des solutions qui, en doctrine et en jurisprudence, ne faisaient pas de doute³.

Comparées aux textes du Code de Commerce allemand sur la S. G., les dispositions de la loi française sur l'association en participation, même depuis la loi de 1921, n'en restent pas moins extrêmement sommaires. La loi française se borne à tracer les lignes essentielles de l'institution sans entrer dans aucun détail de fonctionnement. La loi allemande, nous l'avons vu, règle au contraire assez minutieusement

1. THALLER et PERCEROU, *Droit Commercial*, tome I, p. 312 et s.

2. THALLER et PERCEROU, *ibidem*.

3. WAHL, *Droit Commercial*, Appendice, p. 1079.

l'organisation de l'institution, allant jusqu'à renvoyer expressément à certains textes du Code Civil et à d'autres articles du Code de Commerce.

Mais cela tient pour une grande part à ce que la conception de la S. G. dans le droit allemand est plus étroite, plus rigide que celle de l'association en participation dans le droit français. La loi allemande a envisagé surtout une forme-type d'association en participation comprenant en gros un propriétaire de l'affaire-gérant et un seul participant, exclu en principe de tout rôle actif dans les affaires. Cette conception s'adapte mal aux différentes combinaisons qui sont au contraire très fréquentes en droit français sous la dénomination générale *d'associations en participation*. Ainsi, un type fréquent d'association en participation française consiste dans la réunion de plusieurs commerçants en vue d'un objet commercial commun, chaque associé conservant la propriété de son apport et effectuant des actes de gérance pour le compte de tous les associés, mais évidemment toujours sous son propre nom. Un tel type d'association en participation est inconcevable en droit allemand, tout au moins sous la forme juridique de la S. G. Mais de telles combinaisons ne sont pas impossibles en droit allemand; bien au contraire, elles y sont connues et ont même pris un tel développement que certaines d'entre elles font l'objet de dispositions légales particulières; c'est le cas par exemple des *cartells*. De même, la société civile ayant été très minutieusement réglementée par le Code Civil allemand, il arrive fréquemment que des associations de commerçants prennent cette forme, spécialement des associations de « moindres commerçants », alors que chez nous elles prennent plus volontiers celle de l'association en participation.

En dehors de cette remarque d'ordre général, la loi française et la loi allemande offrent des divergences intéressantes. Tout d'abord la S. G. ne peut jamais être constituée qu'entre deux personnes, tandis que l'association en participation française peut être conclue entre un nombre quelconque de personnes. Cette différence tient à la conception même que chacune des deux législations se fait de cette institution juridique et ceci nous ramène à ce qui précède.

Autre différence essentielle entre les deux législations : dans la S. G., il peut être valablement stipulé au contrat que le participant sera exclu de toute participation aux pertes de l'entreprise. C'est d'ailleurs là une disposition de caractère général et qui ne s'applique pas qu'à ce type de société ⁴. En droit français, la loi reconnaissant, depuis la loi de 1921, une véritable société en l'association en participation, il est impossible d'admettre la validité d'une pareille clause, en vertu du grand principe de notre droit des sociétés qui interdit la « société léonine », c'est-à-dire la société où un seul associé aurait droit à tout le bénéfice, ou bien où il participerait au bénéfice sans participer à la perte.

Le droit allemand a une tout autre conception. Pour lui, la participation aux pertes n'est pas essentielle; elle est seulement naturelle, elle peut par conséquent être exclue par convention expresse des parties. C'est une application du *pactum capitis salvi*. Pour la S. G., l'art. 336, alinéa 2, indique expressément que cette clause est possible ⁵.

Cependant la stipulation de cet avantage pour le

4. STARKE, *Offene, Kommandit und Stille Gesellschaften*, p. 52 et suivantes.

5. LEHMANN et RING, § 335, n° 10.

participant ne doit pas laisser d'équivoque. En cas de doute, il faudrait décider que le participant participera aux pertes, car il s'agit malgré tout d'un cas exceptionnel. D'autre part, si le contrat n'a rien précisé, s'il ne dit rien d'une participation quelconque de l'associé tacite aux pertes, celui-ci, loin d'en être exclu, y contribuera au contraire et, comme nous l'avons vu, selon l'art. 336, alinéa 1, dans une proportion raisonnable en rapport avec les circonstances.

Mais si le contrat de S. G. prévoit en dehors d'une participation aux bénéfices, l'attribution au participant d'un intérêt annuel fixe, pour son apport, garanti quelle que soit la marche des affaires de l'entreprise, cela emportera exclusion tacite de toute participation aux pertes.

Si l'associé tacite est exclu de toute participation aux pertes, le risque qu'il court alors est que peut-être il ne touchera pas de bénéfices si les affaires de l'entreprise sont mauvaises. Mais il court également le risque que le gérant ne tombe en faillite et que, produisant pour la restitution de son apport en concours avec les autres créanciers, il n'en retrouve qu'une partie sous forme de dividende de faillite.

Nous avons dit que la possibilité d'exclure le participant des pertes a un caractère général. Cette stipulation est, en effet, possible pour la société civile, ainsi que la jurisprudence du Tribunal d'Empire l'a depuis longtemps admis⁶. Pour les sociétés en nom collectif (*Offene Gesellschaften*) il en est de même; d'ailleurs, pour ce type de société, les combinaisons les plus diverses peuvent même être adoptées : Ainsi, tel associé peut participer à la fois au bénéfice et à la perte, tel

6. Décision du 9-XII-1902, *Recueil*, tome III, p. 278; et du 27-IX-1913, tome V, p. 156.

autre seulement à la perte, tel autre seulement au bénéfice, tel autre enfin ne participer ni au bénéfice ni à la perte, mais recevoir une somme fixe annuellement en rémunération de son apport et quelle que soit la marche des affaires sociales⁷. Pour la S. G., il n'en est pas tout à fait de même, le cas normal est évidemment la participation de l'associé tacite à la fois aux bénéfices et aux pertes; quelquefois, il y aura exclusion de la participation aux pertes, mais en aucun cas il ne pourrait y avoir exclusion de la participation aux bénéfices. L'art. 336, alinéa 2, le dit expressément. De même, nous l'avons vu précédemment, il ne peut être valablement stipulé que l'apport sera simplement rémunéré par une somme fixe annuelle. Ces restrictions relatives à la S. G. se justifient : en effet, le seul profit que le participant retire de la conclusion du contrat consiste dans le bénéfice qu'il touche annuellement. Il est tout à fait exceptionnel qu'il en retire d'autres avantages. Or, ceci est au contraire un cas fréquent pour les associés, gérants ou non, d'une société en nom collectif.

Le droit français et le droit allemand se séparent encore sur un autre point. Pour la S. G., l'art. 335, alinéa 1, indique expressément que lorsque l'apport est fourni par le participant, il passe dans le patrimoine (*Vermögen*) du gérant. Pourquoi cette disposition ? Il semble que la raison en soit la suivante : la S. G. n'a pas de patrimoine social ou plutôt son patrimoine social se confond avec celui du propriétaire de l'entreprise. D'autre part, l'associé tacite a des droits sociaux qui le font participer aux bénéfices. Il touche d'un côté, il est logique qu'il risque en retour quelque chose :

7. STARKE, *op. cit.*, p. 54.

son apport. Passant dans le patrimoine du gérant, l'apport vient s'ajouter à la fortune de celui-ci et augmente d'autant le gage de ses créanciers.

En droit français la conception est toute différente. L'apport, sauf stipulations spéciales au contrat, reste la propriété du participant. Cela tient surtout à ce que notre conception de l'association en participation est plus compréhensive que celle du droit allemand. Par exemple, il est bien évident que si plusieurs commerçants forment entre eux une association en participation en vue de tel ou tel objet commercial qu'ils désirent atteindre en commun, chacun d'entre eux reste propriétaire de son apport, lequel dans l'espèce est constitué par son entreprise.

D'ailleurs en droit allemand le passage de l'apport dans la fortune du gérant ne se produit pas d'une façon absolue. Nous avons vu par exemple qu'en cas de faillite du participant, l'apport rentre automatiquement dans la fortune du failli, pour venir s'ajouter à la masse de la faillite. D'autre part, pour le paiement de l'impôt sur la fortune (*Vermögensteuer*) l'apport rentre fictivement dans la fortune du participant.

Quatrième et dernière différence fondamentale entre le droit allemand et le droit français : en France l'association en participation est toujours dissoute par le décès d'un de ses membres et en particulier du participant. C'est le droit commun pour les sociétés de personnes que le décès de l'un des associés entraîne la dissolution. Mais cette règle ne s'applique que dans le silence du contrat. Il peut en effet avoir été prévu que l'association en participation se continuerait avec les héritiers du participant. Cependant en France, en raison même de notre conception de l'association en par-

ticipation, cette clause se rencontre assez rarement.

Tout au contraire, en droit allemand, dans le silence du contrat, il n'y a pas dissolution de la S. G., mais continuation de plein droit du lien de société avec les héritiers de l'associé tacite. Etant donnée l'organisation de la S. G. cette solution se justifie pleinement et produit de grands avantages pratiques par rapport au système français. Les héritiers du participant réunis en une sorte de groupement, de société de fait, vont agir comme une personne unique dans leurs rapports avec le gérant. Flechtheim⁸ assimile le groupement des héritiers à un groupement de personnes unies par un lien de société civile. Au sein de cette société de fait la majorité l'emporte sur la minorité, ce qui permet une souplesse de fonctionnement assez grande. Ce système s'applique de même aux sociétés en nom collectif. En France, spécialement pour ces sociétés, notre législation contient à ce point de vue une véritable lacune. Elle n'a pas organisé le groupement des héritiers. Chez nous, par exemple, pour la continuation du lien de société après la mort du participant, si rien n'a été prévu à ce sujet au contrat, il faut que l'unanimité des héritiers y consentent. Il en est de même pour chaque acte de la vie sociale par la suite. C'est un système défectueux qui appelle une prompte réforme.

8. FLEICHTHEIM, § 339, Rem. 23.

CHAPITRE II

LES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION EN DROIT BELGE

La Belgique connaît actuellement deux formes distinctes d'associations en participation : les associations momentanées et les associations en participation proprement dites, qui ont comme caractéristique la plus remarquable, comme en droit allemand et en droit français, d'être occultes. Cette dualité d'institutions est particulière à la législation belge et la singularise par rapport aux autres législations.

A l'origine, la Belgique a été dotée, comme la France dont elle faisait alors partie, du Code de Commerce de 1807. De même qu'en France, la doctrine et la jurisprudence s'étaient partagées entre deux systèmes différents. Pendant longtemps, c'est le système de l'association momentanée qui était resté en faveur : l'association en participation était considérée comme étant essentiellement une *societas unius negotiationis*. L'association en participation étant, de l'accord de tous, exempte de formalités, il paraissait en effet logique que ce caractère s'appliquât plutôt à la société momentanée, société essentiellement simple, consistant le plus souvent en la réunion de plusieurs commerçants en vue d'une opération apportée par le courant des af-

faïres et devant se dénouer aussitôt cette opération réalisée¹.

Mais une autre combinaison fréquente appelait aussi une forme juridique qui, jusque-là, lui avait été refusée : c'est le cas où, comme dans la Stille Gesellschaft du droit allemand, une personne convient avec une autre de l'intéresser dans l'une de ses affaires commerciales ou même dans son négoce d'une façon continue; à cette association s'attache normalement un caractère occulte. Selon certains auteurs, dont Tropolong, cette forme d'association était la seule qui méritât le nom d'association en participation.

De même qu'en France, c'est ce deuxième système qui finit par l'emporter en jurisprudence. Les arrêts de la Cour de Bruxelles du 26 octobre 1858 et du 12 janvier 1860 rejettent encore cette conception, mais un arrêt du 15 février 1861 l'admet pour la première fois, arrêt consacré par décision de la Cour Suprême, le 29 novembre 1861.

Or, il n'y avait pas là, en réalité, deux systèmes inconciliables, il y avait deux modalités différentes de sociétés répondant toutes deux à des besoins économiques distincts. C'étaient deux situations juridiques auxquelles, incontestablement, il fallait la jouissance du droit². C'est ce qu'a consacré la loi du 18 mai 1873³.

Ainsi se sont trouvés reconnus et définis par la loi deux types distincts : associations momentanées et associations occultes, toutes deux exemptes des formalités de publicité applicables à toutes les autres sociétés de commerce.

1. GUILLERY, *Sociétés commerciales en Belgique*, tome III, p. 86.

2. GUILLERY, *ibidem*.

3. Voir le texte de cette loi, ci-dessous, Annexe II.

L'association momentanée doit réunir les deux conditions suivantes : *a*) ne s'appliquer qu'à une ou plusieurs opérations de commerce d'objet déterminé et de durée limitée; *b*) les associés doivent toujours agir en leur nom personnel, c'est-à-dire que l'association momentanée n'aura jamais de raison sociale.

Si les associés se sont réunis sous une raison sociale, tout en n'ayant en vue que des opérations limitées, cette société ne bénéficiera pas de la dispense de publicité. Si, au contraire, sans raison sociale, les associés se sont réunis en vue d'un négoce comportant une succession indéfinie d'actes commerciaux, ce sont les dispositions légales sur l'association occulte qui s'appliqueront.

Les dispositions communes aux deux types de sociétés forment les articles 5, 14 et 152 de la loi de 1873 incorporée au Code de Commerce belge. Les deux premiers de ces articles sont relatifs à la dispense de formes et à l'absence de publicité des contrats constitutifs d'associations en participation. De l'article 152, il faut déduire que la volonté des parties est souveraine pour régler l'organisation de ces associations dans tous leurs détails. En effet, la loi ne donne par ailleurs aucune indication précise relative à leur organisation, ceci à l'inverse du droit allemand si riche en dispositions de détail.

Les dispositions spéciales aux associations momentanées font l'objet des art. 150 et 167, al. 1. L'art. 150, dans son alinéa 2, décide que les associés momentanés seront tenus solidairement entre eux envers les tiers avec qui ils ont traité. En effet, l'association momentanée, bien qu'elle n'ait pas de raison sociale, n'est pas, en principe, inconnue des tiers comme l'association en participation proprement dite. Egalement, le fait qu'elle n'est pas sujette à la publicité dans un but

de simplicité, ne peut entraîner pour les associés une dispense de responsabilité solidaire vis-à-vis des tiers. Enfin, l'art. 167, al. 1, dispose que les associés momentanés seront assignés directement et individuellement. En effet, il ne pourrait être question d'assigner l'association momentanée elle-même, puisqu'aux termes de l'art. 3 *in fine*, celle-ci n'a aucune individualité juridique. De même, on ne conçoit pas qu'en assignant simplement un des membres de l'association, la décision obtenue contre lui produise effet à l'égard de tous les autres. Le lien de l'association momentanée n'est pas assez fort pour produire cette conséquence. Ainsi, il faudra donc mettre en cause chacun des membres de l'association, mais la condamnation une fois prononcée contre tous pourra être exécutée contre un seul, en vertu de la solidarité qui existe entre eux, conformément à l'art. 150, al. 2.

Enfin, l'art. 167, al. 2, est spécial à l'association en participation occulte et stipule qu'entre les tiers et le participant qui s'est tenu dans les termes d'un simple participant, il n'y a aucune action directe, c'est-à-dire que les tiers, en l'espèce les créanciers du gérant, ne pourront jamais venir réclamer au participant le paiement des dettes de leur débiteur en invoquant le lien qui unit ce dernier au participant; mais il faut que ce dernier se soit tenu dans les termes d'un simple participant, c'est-à-dire qu'il n'ait jamais rien fait qui permette de penser qu'il se soit engagé à la place ou à côté du gérant de l'entreprise commerciale⁴. Si les créanciers du gérant peuvent exercer un recours contre le participant, c'est seulement du chef de leur débiteur, au titre de l'action oblique de l'art. 1166 (Code

⁴ Voir ci-dessus 1^{re} Partie, Chapitre 2, § 4, ce qui a été dit au sujet de la Stille Gesellschaft.

français et Code belge) pour le payement de l'apport ou de la part de pertes incombant au participant. Mais, dans ce cas, les créanciers subiront toutes les exceptions que le participant pourrait invoquer contre le gérant⁵.

5. THALLER et PERCEROU, *Droit Commercial*, tome I, p. 312 et s.

CHAPITRE III

L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION DANS QUELQUES AUTRES LEGISLATIONS ETRANGERES

Le Code de Commerce italien réglemente *l'associazione in partecipazione*¹ selon certaines idées particulières qui la font différer assez sensiblement des formes que nous venons d'étudier en Allemagne, France et Belgique.

En particulier, *l'associazione in partecipazione* présente avec la S. G. quelques différences remarquables. Le Code de Commerce italien spécifie qu'il peut y avoir participation à une ou plusieurs opérations commerciales ou encore à un commerce entier. La S. G., au contraire, nous l'avons vu, ne peut s'appliquer qu'à un commerce entier ou au moins à une branche d'activité de ce commerce, mais jamais à simplement quelques opérations de commerce déterminées. Le droit italien se sépare également du droit belge qui a réglementé les deux combinaisons, mais en a fait deux institutions juridiques distinctes, quoique voisines. La conception de la loi italienne est donc très compréhensive, encore plus que celle du droit français.

Ce caractère de large application est encore plus

1. Voir CAROSELLI, *L'Associazione in partecipazione*.

marqué, si l'on considère que le droit italien ne fait pas du caractère occulte de l'association une nécessité absolue. Elle peut être portée d'une façon quelconque à la connaissance des tiers sans que le participant devienne responsable au delà de son apport².

Par contre, l' *associazione in partecipazione* se rapproche de la S. G. en ce que, faute de stipulation contraire, l'apport passe automatiquement dans le patrimoine du *titolare*, c'est-à-dire du gérant de l'association (art. 236 du Code de Commerce italien). Et ceci entraîne toutes les conséquences que nous avons vues ci-dessus à propos de la S. G., en particulier la nécessité pour l'apport de consister en un bien cessible.

Ajoutons enfin que l' *associazione in partecipazione* n'est sujette à aucune formalité spéciale de publicité ou d'inscription au registre du commerce. Par contre, il est nécessaire que le contrat ait été passé par écrit, soit par acte spécial, soit par simple échange de lettres missives, car, en aucun cas, l'existence de la société ne pourrait être prouvée par témoins.

Le droit anglais ne connaît pas l'association en participation comme institution juridique distincte. Par contre, toute société peut comporter l'adjonction d'un *sleeping partner*, c'est-à-dire d'un associé tacite, qui, au même titre que le *stille Gesellschafter*, est en principe ignoré des tiers.

Le droit anglais étant très large en matière de preuve, la *sleeping partnership* peut être prouvée par tous moyens, même par témoins. La nécessité de cette preuve n'interviendra d'ailleurs guère qu'en cas de faillite du gérant de la société.

La loi de 1867 instituant les *limited partnerships* qui

2. VIVANTE, *Droit Commercial Italien*, tome II, n°s 820 à 838.

sont de véritables sociétés à responsabilité, a beaucoup diminué l'intérêt et la fréquence des *sleeping partners*. Par contre, jusqu'à cette date, tout associé d'une société étant tenu solidairement et indéfiniment des dettes sociales, la *sleeping partnership* était très en faveur. Aussi, la plupart des sociétés de ce temps avaient-elles des membres qui désiraient dissimuler leur qualité pour échapper à la responsabilité illimitée³.

Le Code de Commerce japonais reconnaît⁴, à côté des sociétés de personnes et des sociétés par actions, de véritables associations en participation, parmi lesquelles il distingue plusieurs catégories différentes : tout d'abord, les sociétés tacites dont la réglementation a été presque textuellement copiée sur la S. G., avec cette seule différence importante que, dans la société tacite japonaise, la participation aux bénéfices et aux pertes de l'associé tacite doit toujours être exactement proportionnelle à l'importance de son apport par rapport au capital total, ceci, bien entendu, seulement au cas où le contrat lui-même n'a fait aucune stipulation spéciale sur ce point.

Une autre catégorie est celle des associations temporaires, très voisines des associations momentanées du droit belge, associations pour mener en commun, par l'entremise de l'un des associés, certaines affaires commerciales de courte durée et d'objet limité. Comme en droit belge, les associés sont tenus solidairement pour toutes les affaires que l'un d'entre eux a conclues dans le cadre de l'activité de l'association.

Enfin, le droit japonais a fait une place spéciale aux

3. LE COINTE, thèse.

4. LOENHOLM, *Japanese Commercial Law*.

associations de partage des bénéfices et des pertes, c'est-à-dire à ces arrangements entre plusieurs personnes pour diviser le risque dans une ou plusieurs affaires ou entreprises menées par les associés séparément. Ici encore, les engagements des co-associés vis-à-vis des tiers sont solidaires, mais avec cette différence par rapport à l'association temporaire, que l'associé qui s'est engagé est tenu en premier, et les autres seulement à défaut de lui.

Le droit japonais ne considère pas toutes ces catégories d'associations comme des sociétés commerciales proprement dites. Il se trouve même indiqué expressément que les dispositions du Code relatives aux Sociétés de Commerce ne s'appliquent pas aux associations en participation.

CONCLUSION

L'association en participation, nous l'avons vu au début de cette étude, est à l'origine même du droit des sociétés. Les transformations profondes apportées depuis le XVIII^e siècle par une vie économique en perpétuel développement, ont donné naissance à une branche de droit nouvelle, en extension continuelle et qui est devenue la partie certainement la plus importante du droit commercial moderne.

De tout simple et élémentaire qu'il était à l'origine, le lien de société s'est infiniment diversifié, et l'état actuel de notre droit en cette matière ne marque qu'une étape d'une évolution qui se poursuivra aussi longtemps que l'humanité elle-même.

Le rôle de l'association en participation parmi les autres formes de sociétés de commerce, ressort très certainement du trait essentiel qui la caractérise par rapport à elles : son caractère occulte. Par ailleurs, dans les cas où le caractère occulte serait sans utilité spéciale pour les parties, c'est son caractère d'extrême simplicité, c'est la dispense de toutes formalités de publicité ou autre pour sa formation, qui la font préférer souvent dans la pratique à la société en commandite simple, dont d'ailleurs, par sa nature même,

elle se rapproche beaucoup. Enfin, l'absence d'une responsabilité directe du participant vis-à-vis des créanciers de l'entreprise, à l'inverse de ce qui se passe dans la commandite, n'est pas un des moindres motifs qui font préférer l'association en participation.

Mais, si elle est plus avantageuse pour le capitaliste, l'association en participation est moins favorable pour les tiers que la commandite. Ceci est surtout remarquable pour l'association en participation du droit français, « qui offre aux tiers de moindres garanties : le défaut de capital social et la répétition possible d'apport par les participants qui viennent en concurrence avec les créanciers, quelquefois même préférablement à eux ¹ ». La S. G. offre, par contre, un peu plus de garanties pour les tiers par le fait que l'apport du participant passe dans le patrimoine du propriétaire de l'affaire commerciale, et que, par conséquent, il vient augmenter d'autant le gage des créanciers de ce dernier; mais, dans de nombreux cas, il arrive que l'apport échappe à la mainmise possible des créanciers, par exemple si tout ou partie n'en a pas encore été versé, si c'est un apport seulement en abandon d'usage, si c'est un apport en industrie, etc...

Telle qu'elle a été réglementée assez minutieusement par le droit allemand, la S. G., en particulier, reste une forme encore actuellement très usitée de société commerciale, surtout pour des combinaisons telles que celle présentée par le type de contrat reproduit à l'Annexe III. Un marchand de fourrures brutes en gros, par exemple, prend un intérêt sous la forme d'une association en participation, dans les affaires d'un de ses clients qui transforme les marchandises

1. THALLER et PERCEROU, *Droit Commercial*, tome I, page 318.

brutes en articles de pelleterie prêts à être vendus.

Nous avons ainsi examiné l'association en participation dans les législations allemande, française et belge et vu que les trois pays connaissent des institutions, qui, sans être essentiellement différentes de nature, présentent néanmoins des divergences assez importantes. Y a-t-il lieu que le législateur français emprunte aux droits allemand et belge certaines des dispositions édictées sur l'association en participation? Il ne semble pas qu'il y ait lieu de réglementer, à part, en France, les associations momentanées, comme elles le sont en droit belge. D'ailleurs, le nouveau Code de Commerce allemand de 1897 n'a pas établi de dispositions spéciales sur ces associations, alors que l'ancien Code de Commerce, au contraire, les avait réglementées. En France, la conception de l'association en participation dans les art. 47 à 50 du Code de Commerce et la loi de 1921 est suffisamment large pour comprendre à la fois les associations permanentes et les associations momentanées, à condition toutefois que ces dernières présentent également le caractère occulte, car sinon elles ne peuvent être considérées que comme des sociétés en nom collectif illégalement constituées.

D'autre part, le droit français doit-il emprunter au droit allemand? Des principales divergences que nous avons examinées ci-dessus entre les deux législations, il y en a une surtout qui apparaît tout à l'avantage du droit allemand : c'est la non-dissolution de plein droit du lien de société en cas de décès de l'associé participant et la continuation automatique de ce lien avec ses héritiers.

La possibilité d'exclure le participant de toute contribution aux pertes pourrait être avantageusement introduite en droit français, et cette clause serait certai-

nement fréquemment employée en France, comme elle l'est en Allemagne actuellement.

Que dire maintenant de l'esprit même dans lequel chacune des deux législations a réglementé cette institution? Serait-il opportun de réglementer l'association en participation française d'une façon aussi précise, aussi détaillée que l'a fait le droit allemand? Nous ne le croyons pas. Si la réglementation française, par sa brièveté même, risque de laisser planer l'incertitude sur certains points essentiels (et nous avons vu qu'il en a été ainsi, jusqu'à la loi de 1921, sur la nature constitutive elle-même de l'institution), elle n'en présente pas moins par là de grands avantages. Tout d'abord, étant très largement compréhensive, elle peut s'appliquer à toutes les combinaisons possibles, dont la variété même est caractéristique du monde des affaires. Enfin, et peut-être surtout, étant donné que le droit commercial est en continuelle évolution, il n'est pas souhaitable de voir une institution, aussi susceptible de combinaisons diverses que l'association en participation, se figer dans une réglementation trop précise.

ANNEXES

ANNEXE I

1. Textes de l'ancien Code de Commerce allemand (*das deutsche allgemeine Handelsgesetzbuch*) relatifs à la S. G.
2. Textes spéciaux du Code de Commerce allemand de 1897 relatifs à la S. G. et actuellement en vigueur.
3. Autres textes de la loi allemande relatifs à la S. G. et actuellement en vigueur.

ANNEXE II

Textes du Code de Commerce belge sur les associations en participation (Loi du 18 mai 1873).

ANNEXE III

Type de contrat de fondation d'une S. G.

ANNEXE IV

Législation fiscale sommaire de la S. G.

ANNEXE I

I. — Textes de l'ancien Code de Commerce allemand (das deutsche allgemeine Handelsgesetzbuch) relatifs à la Stille Gesellschaft.

ART. 250. — *Eine stille Gesellschaft ist vorhanden, wenn sich jemand an dem Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil an Gewinn und Verlust beteiligt.*

Zur Gültigkeit des Vertrages bedarf es der schriftlichen Abfassung oder sonstiger Förmlichkeiten nicht.

ART. 251. — *Der Inhaber des Handelsgewerbes betreibt die Geschäfte unter seiner Firma. Eine das Verhältnis einer Handelsgeschäft andeutende Firma darf derselbe wegen der Beteiligung eines stillen Gesellschafters bei Ordnungsstrafe nicht annehmen.*

ART. 252. — *Der Inhaber des Handelsgewerbes wird Eigentümer der Einlage des stillen Gesellschafters.*

Der Stille Gesellschafter ist nicht verpflichtet, die Einlage über den vertragsmässigen Betrag zu erhöhen, oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen.

ART. 253. — *Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen, und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.*

Das Handelsgericht kann auf den Antrag des stillen Gesellschafters, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere zu jeder Zeit anordnen.

ART. 254. — *Ist über die Höhe der Beteiligung des stillen Gesellschafters an Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so wird dieselbe nach richterlichem Ermessen, nötigenfalls unter Zuziehung von Sachverständigen festgestellt.*

ANNEXE I

Traduction.

ART. 250. — Il y a S. G. lorsqu'une personne s'intéresse au moyen d'un apport à l'exploitation commerciale d'une autre en vue de prendre part aux bénéfices et aux pertes.

Une telle société se trouve constituée sans qu'il soit besoin d'un écrit ou de toute autre formalité.

ART. 251. — Le propriétaire de l'entreprise commerciale gère les affaires de la société sous sa propre firme. Il ne doit point, sous peine d'amende, s'autoriser de la participation d'un associé tacite pour adopter une firme révélant l'existence d'une participation à son affaire.

ART. 252. — Le propriétaire de l'entreprise commerciale devient propriétaire de l'apport de l'associé tacite. Celui-ci n'est point tenu de l'augmenter au delà de ce qui a été convenu, ni de le compléter s'il a été diminué par des pertes.

ART. 253. — L'associé tacite a le droit d'exiger la communication écrite du bilan annuel et d'en vérifier l'exactitude par l'examen des livres et papiers¹.

Le Tribunal de Commerce peut, à la requête de l'associé tacite, s'il existe des motifs graves, ordonner la communication d'un bilan ou d'autres renseignements ainsi que la production de livres et papiers².

ART. 254. — S'il n'a rien été convenu au sujet du montant de la participation de l'associé tacite aux bénéfices et aux pertes, les juges seront appelés à se prononcer sur ce point, au besoin après rapport d'experts.

1. Nouveau Code de Commerce, art. 338, al. 1.

2. Nouveau Code de Commerce, art. 338, al. 3.

ART. 255. — Am Schlusse eines jeden Geschäftsjahrs wird der Gewinn und Verlust berechnet und dem stillen Gesellschafter der ihm zufallende Gewinn ausbezahlt.

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner angezahlten oder rückständigen Einlage Anteil. Er ist nicht verpflichtet den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, so lang seine ursprüngliche Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

ART. 256. — Aus den Geschäften des Handelsgewerbes wird der Inhaber desselben den Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet.

ART. 257. — Der Name eines stillen Gesellschafters darf in der Firma des Inhabers des Handelsgewerbes nicht enthalten sein. Im entgegengesetzten Falle haftet der stille Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch.

ART. 258. — Wenn der Inhaber der Handelsgewerbes in Konkurs verfällt, so ist der stille Gesellschafter befugt wegen seiner Einlage soweit dieselbe den Betrag, des auf ihn fallenden Anteils am Verluste übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Ist die Einlage rückständig, so hat der stille Gesellschafter dieselbe bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verluste erforderlich ist, in die Konkursmasse zu zahlen.

ART. 259. — Wenn innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Konkurs über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes durch Vereinbarung zwischen ihm und dem stillen Gesellschafter, das Gesellschaftsverhältnis aufgelöst worden ist, so können die Konkursgläubiger verlangen, dass der stille Gesellschafter die ihm zurückbezahlte Einlage in die Konkursmasse einzahle, unbeschadet seines Rechts, die in dem Zeitpunkte der Auflösung ihm aus dem Gesellschaftsverhältnisse zustehende Forderung als Konkursgläubiger geltend zu machen.

Dasselbe gilt, wenn dem stillen Gesellschafter in dem bezeichneten Zeitraum ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses die Einlage zurückbezahlt wurde. Im gleicher

ART. 255. — A la clôture de chaque année sociale, le compte de profits et pertes doit être établi et le bénéfice revenant à l'associé tacite doit lui être versé ³.

L'associé tacite ne prend part à la perte que jusqu'à concurrence du montant de son apport tant versé qu'encore dû. Il n'est pas obligé de rapporter, en raison de pertes postérieures, le bénéfice perçu; néanmoins le bénéfice annuel sera employé à couvrir la perte aussi longtemps que son apport se trouve réduit par suite de pertes ⁴.

Le bénéfice non touché par l'associé tacite n'accroît pas son apport, à moins qu'il n'en ait été convenu différemment ⁵.

ART. 256. — Le propriétaire de l'entreprise commerciale acquiert seul des droits et contracte seul des obligations du chef des affaires conclues quant à ladite entreprise ⁶.

ART. 257. — Le nom de l'associé tacite ne doit pas figurer dans la firme du propriétaire de l'entreprise; sinon l'associé tacite devient personnellement et solidairement responsable vis-à-vis des créanciers de la société.

ART. 258. — Si le propriétaire de l'affaire commerciale tombe en faillite, l'associé tacite a le droit de faire valoir sa créance comme créancier de la faillite, pour le montant de son apport dépassant sa quote-part à la perte ⁷.

Au cas où le versement de l'apport n'aurait pas encore été effectué, l'associé tacite doit le verser à la masse de la faillite jusqu'à concurrence de la portion nécessaire pour couvrir sa participation aux pertes ⁸.

ART. 259. — Si, dans la dernière année précédant l'ouverture de la faillite du propriétaire de l'entreprise, il est intervenu entre ce dernier et l'associé tacite une convention en vertu de laquelle la société a été dissoute, les créanciers de la faillite peuvent demander que le participant soit tenu de rembourser à la masse l'apport qu'il avait retiré, sans préjudice de son droit de produire lui-même comme créancier de la faillite

3. Nouveau Code de Commerce, art. 337, al. 1.

4. Nouveau Code de Commerce, art. 337, al. 2.

5. Nouveau Code de Commerce, art. 337, al. 3.

6. Nouveau Code de Commerce, art. 335, al. 2.

7. Nouveau Code de Commerce, art. 341, al. 1.

8. Nouveau Code de Commerce, art. 341, al. 2.

Weise ist, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes in dem bezeichneten Zeitraum dem stillen Gesellschafter dessen Anteils an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen hat, der Erlass zu Gunsten der Konkursgläubiger unwirksam.

Die Bestimmungen dieses Artikels treten nicht ein, wenn der stille Gesellschafter beweist dass der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkt der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind.

ART. 260. — Ob und inwieweit eine rechtliche Wirkung zu Gunsten dritter Personen, wenn durch einen stillen Gesellschafter oder mit dessen Willen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht wird, ist nach Rechtsgrundsätzen zu beurteilen.

ART. 261. — Die stille Gesellschaft wird aufgelöst :

1° Durch den Tod des Inhabers des Handelsgewerbes, wenn nicht der Vertrag bestimmt, dass die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortbestehen soll.

2° Durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Inhabers des Handelsgewerbes zur selbständiger Vermögensverwaltung.

3° Durch die Eröffnung des Konkurs über das Vermögen des Inhabers des Handelsgewerbes oder des stillen Gesellschafters.

4° Durch gegenseitige Ubereinkunft.

5° Durch Ablauf der Zeit, auf deren Dauer die stille Gesellschaft eingegangen ist, wenn dieselbe nicht stillschweigend fortgesetzt wird; in diesem Falle gilt der Vertrag von da an als auf unbestimmte Dauer geschlossen.

6° Durch die Aufkündigung eines der beiden Teile, wenn der Vertrag auf unbestimmte Dauer geschlossen ist.

Ein auf Lebenszeit geschlossener Vertrag ist als auf unbestimmte Dauer geschlossen zu betrachten.

Die Aufkündigung eines auf unbestimmte Dauer geschlossenen Vertrages muss, wenn nicht ein Anderes vereinbart ist, mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahrs erfolgen.

pour les créances résultant de l'existence de la société qui avaient pu lui être acquises au moment de la dissolution.

Il en est de même lorsque, dans le laps de temps ci-dessus indiqué, le participant a été remboursé de son apport sans qu'il y ait eu dissolution de la société. De même encore, lorsque le propriétaire de l'entreprise aura dans le même délai fait remise à l'associé tacite de tout ou partie de sa participation à la perte éprouvée, cette remise restera sans effet à l'égard des créanciers de la faillite.

Les prescriptions de cet article n'entrent pas en application lorsque l'associé tacite arrive à prouver que la faillite provient de circonstances survenues seulement depuis le moment de la dissolution de la société, ou de la restitution, ou encore de la remise de l'apport.

ART. 260. — Quand l'existence de la participation est révélée aux tiers par le participant ou avec son consentement, il y a lieu de s'en référer aux principes généraux du droit, s'il résulte de ce fait, et dans la mesure où il en résulte, des effets juridiques à l'avantage des tiers.

ART. 261. — La S. G. est dissoute :

1° Par la mort du propriétaire de l'entreprise, à moins que le contrat ne porte que la société se continuera avec ses héritiers.

2° Par la survenance de l'incapacité légale du propriétaire de l'entreprise d'administrer son patrimoine.

3° Par la faillite de l'un des associés.

4° Par consentement mutuel.

5° Par l'expiration de la durée pour laquelle la société avait été formée, à moins qu'elle n'ait été tacitement prorogée; dans ce cas le contrat de société vaut à partir de ce moment comme conclu pour une durée indéterminée.

6° Par la dénonciation faite par l'une ou l'autre des parties, si la société a été conclue pour une durée indéterminée. Une société formée pour la vie durant est censée conclue pour une durée indéterminée.

A défaut de convention contraire, la dénonciation d'une société conclue pour une durée indéterminée doit être faite au moins six mois avant la clôture de l'exercice en cours.

ART. 262. — *Die Auflösung der stillen Gesellschaft kann vor dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit oder bei einem Vertrag von unbestimmten Dauer ohne vorherige Aufkündigung verlangt werden, wenn dazu wichtige Gründe vorhanden sind. Die Beurteilung ob solche Gründe anzunehmen sind, bleibt im Falle des Widerspruchs, dem Ermessen des Richters überlassen.*

ART. 263. — *Die Bestimmung des Artikels 126 gilt auch zu Gunsten des Privatgläubigers eines stillen Gesellschafters.*

(Article 126, ancien Code de Commerce : Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters nach fruchtlos vollstreckter Exekution in dessen Privatvermögen die Exekution in das dem Gesellschafter bei dereinstiger Auflösung der Gesellschaft zukommende Guthaben erwirkt, so ist er berechtigt, es mag die Gesellschaft auf bestimmte oder auf unbestimmte Dauer eingegangen sein, behufs seiner Befriedigung nach vorher von ihm geschehener Aufkündigung die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Die Aufkündigung muss mindestens sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres der Gesellschaft geschehen.)

ART. 264. — *Wenn der stille Gesellschafter stirbt, oder zur Verwaltung seines Vermögens unfähig rechtlich wird, so hat dies die Auflösung der stillen Gesellschaft nicht zur Folge.*

ART. 265. — *Nach Auflösung der stillen Gesellschaft muss der Inhaber des Handelsgewerbes sich mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und die Forderung desselben in Gelde berichtigen.*

Der Inhaber des Handelsgewerbes besorgt die Liquidation der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte.

Von den Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Hechnung.

ART. 266. — *Die Vereinigung zu einem oder mehreren einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung bedarf einer schriftlichen Abfassung nicht und ist sonstigen Förmlichkeiten nicht unterworfen.*

ART. 267. — *Wenn nicht ein anderes verabredet ist, so sind alle Teilnehmer in gleichen Verhältnisse zu dem gemeinsamen Unternehmen beizutragen verpflichtet.*

ART. 262. — La dissolution de la S. G. peut, s'il existe des motifs graves, être demandée avant l'expiration de la durée pour laquelle elle avait été formée, ou sans dénonciation préalable si elle a été formée pour une durée indéterminée. Il appartient au juge d'apprécier, en cas de contestation, s'il y a lieu d'admettre les motifs allégués.

ART. 263. — La prescription de l'art. 126 s'applique en faveur du créancier personnel de l'associé tacite.

(Article 126 ancien Code de Commerce : Quand un créancier personnel de l'un des associés, après avoir inutilement exercé son droit sur ses biens personnels, a obtenu l'autorisation de l'exécuter sur la part qui pourrait revenir à son débiteur lors de la dissolution à venir de la société, il est recevable, que celle-ci ait une durée déterminée ou non, à demander pour être rempli de ses droits, la dissolution de la société après signification préalable faite au moins six mois avant la clôture de l'exercice en cours.)

ART. 264. — Le décès du participant ou son incapacité juridiquement établie d'administrer patrimoine n'entraînent pas la dissolution de la société.

ART. 265. — A la dissolution de la société, le propriétaire de l'entreprise doit procéder à la liquidation des droits du participant et régler en espèces la créance de ce dernier.

C'est à lui qu'incombe le soin de procéder à la liquidation et d'effectuer le règlement des affaires encore en suspens.

**De l'Association pour faire en compte commun
des opérations de commerce isolées.**

ART. 266. — L'association pour faire en compte commun une ou plusieurs opérations de commerce isolées n'a pas besoin de faire l'objet d'un écrit et n'est point soumise à d'autres formalités quelconques.

ART. 267. — Sauf convention contraire, tous les participants sont tenus de contribuer par portions égales à l'entreprise commune.

ART. 268. — *Ist über den Anteil der Teilnehmer am Gewinn und Verlust nichts vereinbart, so werden die Einlagen verzinst, der Gewinn oder Verlust aber nach Köpfen verteilt.*

ART. 269. — *An Geschäften, welche ein Teilnehmer mit einem Dritten geschlossen hat, wird Ersterer dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet.*

Ist ein Teilnehmer zugleich im Auftrage und Namen der übrigen aufgetreten, oder haben alle Teilnehmer gemeinschaftlich oder durch einen gemeinsamen Bevollmächtigten gehandelt, so ist jeder Teilnehmer Dritten gegenüber solidarisch berechtigt und verpflichtet.

ART. 270. — *Nach Beendigung des gemeinschaftlichen Geschäfts muss der Teilnehmer, welcher dasselbe führte, den übrigen Teilnehmern unter Mitteilung der Beläge Rechnung ablegen.*

Er besorgt die Liquidation.

ART. 268. — S'il n'a rien été convenu touchant le partage du gain et de la perte entre les participants, les apports reçoivent un intérêt, mais le gain et la perte se répartissent par têtes.

ART. 269. — Les affaires qu'un des participants a conclues avec des tiers engagent ce participant seul envers les tiers et confèrent des droits à lui seul envers eux.

Si le participant a agi en même temps au nom et sur le mandat des autres participants, ou bien si tous les participants ont agi en commun ou par un mandataire commun, chaque participant acquiert des droits et contracte des obligations solidaires envers les tiers.

ART. 270. — Après la terminaison de l'affaire commune, le participant qui l'a gérée doit en rendre compte aux autres participants en leur communiquant les pièces justificatives. Il procède à la liquidation.

(D'après CARPENTIER, *Le Code de Commerce allemand*,
Paris, 1896.)

II. — Textes du Code de Commerce allemand de 1897 relatifs à la Stille Gesellschaft, et actuellement en vigueur.

ART. 335. — *Wer sich als stiller Gesellschafter an dem Handelsgewerbe das ein anderer betreibt mit einer Vermögenseinlage beteiligt, hat die Einlage so zu leisten, dass sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht.*

Der Inhaber wird aus den in dem Betriebe geschlossenen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet.

ART. 336. — *Ist der Anteil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen.*

Im Gesellschaftsvertrage kann bestimmt werden dass der stille Gesellschafter nicht am Verluste beteiligt sein soll; seine Beteiligung am Gewinn kann nicht ausgeschlossen werden.

ART. 337. — *Am Schluss jedes Geschäftsjahrs wird der Gewinn und Verlust berechnet und der auf den stillen Gesellschafter fallende Gewinn ihm ausbezahlt.*

Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Betrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil. Er ist nicht verpflichtet den bezogenen Gewinn wegen späterer Verluste zurückzuzahlen; jedoch wird, solange seine Einlage durch Verlust vermindert ist, der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet.

Der Gewinn, welcher von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird, vermehrt dessen Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist.

ART. 338. — *Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen.*

Traduction.

ART. 335. — Celui qui prend part comme associé tacite au moyen d'une mise de fonds à l'entreprise commerciale d'une autre personne doit fournir son apport de telle manière que cet apport passe dans le patrimoine du propriétaire de l'affaire commerciale.

Le propriétaire seul acquiert des droits et contracte des obligations du chef des affaires conclues quant à l'entreprise.

ART. 336. — Lorsque la part au bénéfice ou à la perte de l'associé tacite n'est pas déterminée, cette part est censée avoir été établie dans une proportion raisonnable, en rapport avec les circonstances.

Il peut être convenu dans le contrat de société que l'associé tacite ne doit pas participer aux pertes; il ne peut être exclu d'une participation aux bénéfices.

ART. 337. — A la clôture de chaque année sociale, le compte de profits et pertes doit être établi et le bénéfice revenant à l'associé tacite doit lui être versé.

L'associé tacite ne prend part à la perte que jusqu'à concurrence du montant de son apport tant versé qu'encore dû. Il n'est pas obligé de rapporter en raison de pertes postérieures le bénéfice perçu : néanmoins le bénéfice annuel sera employé à couvrir la perte aussi longtemps que son apport se trouve réduit par suite de pertes.

Le bénéfice non touché par l'associé tacite n'accroît pas son apport à moins qu'il n'en ait été convenu différemment.

ART. 338. — L'associé tacite a le droit d'exiger la communication écrite du bilan annuel et d'en vérifier l'exactitude par l'examen des livres et papiers.

L'associé tacite ne jouit pas des autres droits attribués par

Die im § 716 des bürgerlichen Gesetzbuchs dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte stehen dem stillen Gesellschafter nicht zu.

Auf Antrag des stillen Gesellschafter kann das Gericht wenn wichtige Gründe vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen.

ART. 339. — *Auf die Kündigung der Gesellschaft durch einen der Gesellschafter oder durch einen der Gläubiger des stillen Gesellschafter finden die Vorschriften der §§ 132, 134 et 135 entsprechende Anwendung. Die Vorschriften des § 723 des BGB über das Recht, die stille Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, bleiben unberührt.*

Durch den Tod des stillen Gesellschafter wird die Gesellschaft nicht aufgelöst.

ART. 340. — *Nach der Auflösung der Gesellschaft hat sich der Inhaber des Handelsgeschäfts mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen.*

Die zur Zeit der Auflösung schwebenden Geschäfte werden von dem Inhaber des Handelsgeschäfts abgewickelt. Der stille Gesellschafter nimmt teil an dem Gewinn und Verluste, der sich aus diesen Geschäften ergibt. Er kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte. Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen.

ART. 341. — *Wird über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts der Konkurs eröffnet, so kann der stille Gesellschafter wegen der Einlage, soweit sie den Betrag des auf ihm fallenden Anteils am Verlust übersteigt, seine Forderung als Konkursgläubiger geltend machen.*

Ist die Einlage rückständig, so hat sie der stille Gesellschafter bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verlust erforderlich ist, zur Konkursmasse einzuzahlen.

ART. 342. — *Ist auf Grund einer in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Konkurses zwischen dem Inhaber des Handelsgeschäfts und dem stillen Gesellschafter getroffenen Vereinbarung diesem die Einlage ganz oder teilweise zurück-*

l'article 716 du Code civil aux associés exclus de la gestion des affaires.

Le tribunal peut, à la requête de l'associé tacite, s'il existe des motifs graves, ordonner en tous temps la communication d'un bilan ou d'autres renseignements, de même que la production des livres et papiers.

ART. 339. — Lorsqu'un des associés ou un des créanciers de l'associé tacite dénonce la société, il y a lieu d'appliquer par analogie les prescriptions des art. 132, 134 et 135. Il n'est en rien dérogé aux prescriptions de l'art. 723 du Code Civil relatives au droit de dénoncer la société, sans être tenu à aucun délai s'il existe des motifs graves.

La mort de l'associé tacite n'entraîne pas la dissolution de la société.

ART. 340. — Après la dissolution de la société, le propriétaire de l'affaire commerciale doit procéder au partage avec l'associé tacite et lui régler sa part en argent.

Les affaires encore en suspens lors de la dissolution sont à liquider par le propriétaire de l'affaire commerciale; l'associé tacite participe au bénéfice ou à la perte résultant de ces affaires. Il a le droit, à la clôture de chaque année sociale, d'exiger un compte rendu des affaires terminées dans l'intervalle, le paiement de la somme qui lui revient, ainsi que des renseignements sur la situation des affaires encore en suspens.

ART. 341. — Si le propriétaire de l'affaire commerciale est déclaré en faillite, l'associé tacite a le droit de faire valoir sa créance comme créancier de la faillite, pour le montant de son apport dépassant sa quote-part à la perte.

Au cas où le versement de l'apport n'aurait pas encore été effectué, l'associé tacite doit le verser à la masse de la faillite jusqu'à concurrence de la portion nécessaire pour couvrir sa participation aux pertes.

ART. 342. — Si, dans la dernière année précédant l'ouverture de la faillite, il est intervenu entre le propriétaire de l'affaire commerciale et l'associé tacite une convention en vertu de laquelle il a été remboursé à ce dernier tout ou partie

gewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verluste ganz oder teilweise erlassen worden, so kann die Rückgewähr oder der Erlass von dem Konkursverwalter angefochten werden.

Es begründet keinen Unterschied, ob die Rückgewähr oder der Erlass unter Auflösung der stillen Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, die erst nach der Vereinbarung des Rückgewährs oder des Erlasses eingetreten sind.

Die Vorschriften der Konkursordnung über die Geltendmachung und deren Wirkungen finden Anwendung.

de son apport, ou s'il lui a été fait remise de tout ou partie de sa participation à la perte éprouvée, le remboursement ou la remise peut être attaqué par le syndic de la faillite. Que le remboursement ou la remise ait été suivi de la dissolution de la société, cela ne change rien.

Le droit d'attaquer tombe si la faillite provient de circonstances postérieures à l'époque où l'on est convenu du remboursement ou de la remise.

Il y a lieu d'appliquer les prescriptions du Code de Faillite quant à l'action en pourvoi à faire valoir à ses effets.

(Traduction officielle de l'Office de Législation Etrangère et de droit international, Paris, 1923.)

III. — Autres textes de la loi allemande relatifs à la S. G. et actuellement en vigueur.

I

Code de Commerce de 1897 : les art. 132, 134 et 135 sur la société en commandite simple auxquels renvoie l'art. 339, al. 1 du même Code.

ART. 132. — *Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluss eines Geschäftsjahres erfolgen; sie muss mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.*

ART. 134. — *Eine Gesellschaft, die für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist, oder nach dem Ablaufe der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird, steht im Sinne der Vorschriften der §§ 132, 133 einer für unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft gleich.*

ART. 135. — *Hat ein Privatgläubiger eines Gesellschafters, nachdem innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters ohne Erfolg versucht ist, auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruchs auf dasjenige erwirkt, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, so kann er die Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen.*

II

Code civil de 1896 : les art. 716 (renvoi de l'art. 338, al. 2 du Code de Commerce) et 723 (renvoi de l'art. 339, al. 1 du Code de Commerce), sur la société civile.

ART. 716. — *Ein Gesellschafter kann, auch wenn von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von der Angele-*

Traduction

I

Code de Commerce.

ART. 132. — Lorsque la société a été conclue pour une durée indéterminée, un associé ne peut la dénoncer que pour la clôture de l'exercice social en cours; la dénonciation elle-même doit avoir lieu au moins six mois avant cette date.

ART. 134. — Une société, conclue pour la durée de la vie de l'un des associés ou continuée tacitement après l'expiration de la durée pour laquelle elle avait été formée, est traitée comme une société conclue pour une durée indéterminée pour l'application des dispositions des art. 132 et 133.

ART. 135. — Si un créancier particulier de l'un des associés, lorsque dans les six derniers mois l'exécution forcée sur la fortune mobilière de ce dernier est restée sans résultat, a procédé, en vertu d'un titre qui ne soit pas simplement exécutoire par provision, à la saisie et à la délégation de l'actif qui reviendra à son débiteur à la liquidation de ses droits dans la société, il peut, sans avoir à tenir compte que la société a été formée pour une durée déterminée ou indéterminée, dénoncer ladite société pour la clôture de l'exercice en cours en observant un délai de préavis de six mois avant ladite date.

II

Code Civil.

ART. 716. — Tout associé peut, même lorsqu'il est exclu de la gestion, s'informer personnellement des affaires de la so-

genheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen, und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen.

Eine dieses Recht ausschliessende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht.

ART. 723. — Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen.

Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig.

Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn dass ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein Gesellschafter ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er den übrigen Gesellschaftern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

ciété, inspecter les livres d'affaires et papiers de la société et se procurer au moyen de ceux-ci un aperçu de l'état du patrimoine social.

Aucune clause restrictive ou limitative de ce droit ne peut s'opposer à son exercice, lorsqu'il y a lieu de soupçonner une gestion déloyale.

ART. 723. — Lorsque la société n'a pas été contractée pour une durée déterminée, chaque associé peut la dénoncer à tout moment. Lorsqu'un terme a été établi pour la durée, la dénonciation est recevable antérieurement à l'arrivée du terme, s'il existe un motif grave : il y a motif de ce genre, spécialement lorsqu'un autre associé, intentionnellement ou par négligence grossière, viole l'une des obligations essentielles qui lui incombaient d'après le contrat de société, ou lorsque l'exécution d'une pareille obligation devient impossible. Sous la même condition préalable, si un délai de dénonciation a été établi, la dénonciation est admissible sans tenir compte du délai.

La dénonciation ne doit pas survenir à contre-temps, à moins que la dénonciation à contre-temps ne se fonde sur un motif grave. Lorsqu'un associé dénonce à contre-temps, sans l'existence d'un pareil motif justifiant le contre-temps, il doit indemniser ses co-associés du dommage qui en résulte.

Est nulle toute convention exclusive ou limitative du droit de dénonciation, contrairement aux dispositions ci-dessus.

ANNEXE II

Textes du Code de Commerce belge sur les associations en participation (loi du 13 mai 1878).

ART. 2. — La loi reconnaît comme sociétés commerciales...

ART. 3. — Il y a en outre des associations commerciales momentanées et des associations commerciales en participation auxquelles la loi ne reconnaît aucune individualité juridique.

ART. 5. — Les associations momentanées et les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance ou par la preuve testimoniale si le Tribunal juge qu'elle peut être admise.

ART. 14. — Les associations commerciales momentanées et les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les sociétés.

ART. 150. — L'association momentanée est celle qui a pour objet de traiter, sans raison sociale, une ou plusieurs opérations de commerce déterminées.

Les associés sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité.

ART. 151. — L'association en participation est celle par laquelle une ou plusieurs personnes s'intéressent dans des opérations qu'une ou plusieurs autres gèrent en leur propre nom.

ART. 152. — Les associations momentanées et les associations en participation ont lieu entre les associés, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre eux.

ART. 167. — Les associés momentanés sont assignés directement et individuellement.

Il n'y a entre les tiers et le participant qui s'est tenu dans les termes d'un simple participant, aucune action directe.

(Voir GUILLERY, *les Sociétés commerciales en Belgique*, t. III, p. 183 et suivantes.)

ANNEXE III

Type de contrat de fondation d'une Stille Gesellschaft.

Entre MM. Erich GROSSMANN, commerçant à Erfurt, Leipzigerstrasse, 39, et Georg KUNTZ, commerçant à Leipzig, Karlstrasse, 24, est conclu le contrat suivant :

§ 1

M. GROSSMANN est unique propriétaire d'une affaire de pelleteries exploitée par lui sous la firme : « Erich GROSSMANN », et qui est inscrite au registre du commerce du tribunal d'Erfurt.

§ 2

M. KUNTZ entre comme participant dans cette affaire, par l'apport qu'il fait à M. GROSSMANN de marchandises brutes d'un montant de 50.000 marks au début de chaque année, lesdites marchandises à choisir par M. GROSSMANN. Les livraisons des marchandises choisies se feront au plus bas prix du commerce de gros à ce moment.

M. GROSSMANN est autorisé à retourner à M. KUNTZ jusqu'au 15 septembre les marchandises livrées, si jusqu'au 1^{er} septembre de chaque année, il n'a pas encore vendu, travaillé ou autrement utilisé lesdites marchandises, ou encore s'il a acheté des marchandises équivalentes.

§ 3

M. KUNTZ participera pour 30 % aux bénéfices. Il ne participera pas aux pertes.

En toute hypothèse et quelle que soit la marche des affaires, M. KUNTZ recevra pour son apport de 50.000 marks une part de bénéfices annuelle correspondant à un intérêt de 1 % supérieur au taux d'escompte en vigueur de la Reichsbank. Cet intérêt sera payé, même si l'affaire ne fait pas de bénéfices.

§ 4

M. KUNTZ est autorisé à prendre connaissance en tous temps par lui-même ou par mandataire des livres, papiers d'affaires et écrits divers concernant l'exploitation. Il devra lui être donné, s'il l'exige, tous renseignements et éclaircissements sur la marche des affaires.

§ 5

M. GROSSMANN est autorisé à prélever annuellement une somme de 20.000 marks sur les fonds de roulement de l'affaire. Ce prélèvement compris, les frais généraux annuels de l'affaire ne devront pas excéder au total 50.000 marks.

§ 6

Le bilan devra être dressé au plus tard dans les six premières semaines de chaque année commerciale. Les marchandises brutes devront y être portées au prix courant du commerce de gros à ce moment, et les marchandises travaillées seulement avec la part de salaires et de frais généraux y afférente. Les dettes devront faire l'objet d'un amortissement annuel d'au moins 15 %.

§ 7

Le présent contrat aura une durée de cinq années, soit du 1^{er} janvier 1928 au 1^{er} janvier 1933. Il se renouvellera automatiquement pour une nouvelle durée de trois années, au cas où il n'aurait pas été dénoncé par écrit par l'un des associés, avec observation d'un délai de préavis d'au moins six mois avant l'expiration.

Toutefois, M. KUNTZ ou ses ayants-droit sont également autorisés à dénoncer le contrat sous réserve d'observer un délai de préavis d'un mois, dans les cas suivants :

1° Si les frais généraux de l'affaire, y compris le prélèvement de 20.000 marks de M. GROSSMANN, dépassent 50.000 marks par an.

2° Si M. GROSSMANN achète à des tiers pour plus de 20.000 marks de marchandises brutes par an.

3° Si M. GROSSMANN constitue en gage à des tiers des marchandises appartenant à l'exploitation, ou des créances, ou

bien s'il souscrit des engagements de change pour des affaires étrangères à l'exploitation.

4° Si M. GROSSMANN cède l'affaire ou s'il décède.

Erfurt, le 2 janvier 1928.

Erich GROSSMANN,

Georg KUNTZ.

(D'après STARKE, *Offene, Kommandit und Stille Gesellschaften*, Berlin-Leipzig, 1928.)

ANNEXE IV

Législation fiscale sommaire de la Stille Gesellschaft.

La fondation d'une S. G. supporte, en principe, un droit de constitution qui, de même que pour les autres sociétés, est en pourcentage de la valeur des apports. Mais ici ce droit n'est perçu que sur l'apport du participant et s'élève à 5 % de sa valeur, avec minimum de perception de 5 marks, soit environ 30 francs. On voit qu'il s'agit là d'un droit très minime, et encore n'est-il exigible qu'au cas où la formation de la S. G. a été constatée par un acte écrit. Il est également perçu au cas où l'apport du participant est accru ou s'il est cédé à un tiers, mais toujours à condition qu'un acte écrit ait été passé.

Sur ce point la S. G. se trouve fiscalement très avantagée par rapport à la Société en commandite simple pour laquelle l'impôt doit être payé en toute hypothèse; il arrive en effet fréquemment que la S. G. ayant été formée par conventions verbales, aucun impôt ne soit perçu au moment de sa constitution ¹.

D'une façon toute différente se présente le cas où c'est une société jouissant de la personnalité juridique (société par actions, société en commandite par actions, société à responsabilité limitée) qui joue le rôle de gérant de la S. G. Le participant touche une part de bénéfices et contribue aux pertes dans des conditions sensiblement analogues aux associés de cette société. La loi fiscale le traite exactement comme eux, et son apport se trouve également frappé du droit ordinaire d'apport de 2 % (contre 4 % précédemment), et cela sans qu'il soit tenu compte que la société ait été formée par écrit ou non ².

Si le propriétaire de l'entreprise accorde une participation

1. Loi sur l'impôt sur la circulation du capital (*Kapital Verkehr Steuer Gesetz*), § 23.

2. *Ibidem*, §§ 5 et 11.

à titre gratuit à une personne, il ne pourra bien entendu y avoir lieu à perception d'un droit d'apport, mais le droit de donation deviendra exigible chaque fois qu'un versement de bénéfices sera fait au participant³.

Pour la perception de l'impôt sur la fortune (*Vermögenssteuer*, qui est un véritable impôt sur le capital, inconnu en France), l'apport est déduit de la fortune du gérant et l'impôt est payé par le participant dans la fortune duquel l'apport rentre fictivement à cet effet. La même règle s'applique également aux bénéfices non retirés des années écoulées.

En ce qui concerne les revenus de l'apport, c'est-à-dire en fait la part de bénéfices revenant annuellement au participant, le Fisc allemand les traite, non comme des revenus provenant de l'exploitation d'une entreprise en société, mais simplement comme des revenus d'un placement de capitaux. Ici encore la S. G. se trouve avantagée par rapport à la Commandite. A l'inverse de ce qui se passe pour cette dernière, le bénéfice revenant au participant n'est frappé de l'impôt qu'au moment où il se trouve définitivement fixé, et non dès le moment où il se trouve réalisé dans les affaires de l'entreprise. En outre, la part du participant dans les réserves, le cas échéant, ne sera sujette à l'impôt qu'au moment de la dissolution de la société.

Si la part de bénéfices est versée en couverture de pertes ayant entamé son apport, le participant n'a pas à acquitter l'impôt jusqu'à sa complète reconstitution.

En ce qui concerne le propriétaire de l'affaire, le bénéfice qu'il verse au participant est à déduire des bénéfices totaux produits par son entreprise pour le calcul de l'impôt et ceci pour l'exercice social où s'est réalisé le bénéfice et non pour celui où il a été mis en distribution.

Ainsi, dans l'ensemble, le traitement fiscal de la S. G. tel qu'il a été prévu par la loi, apparaît comme particulièrement favorable et on peut dire en résumé que le fisc allemand la considère plutôt comme un simple placement de capitaux que comme une véritable participation sociale.

Mais la Cour Financière du Reich (*Reichsfinanzhof*) n'a pas admis complètement ce point de vue et du fait des tendances de sa jurisprudence le traitement législatif favorable de la S. G. a reçu un amoindrissement considérable.

Cette jurisprudence s'est principalement fondée sur cette considération que les particuliers choisissaient volontiers la

3. KOPPE, *Jahrbuch des Steuer Rechts*, p. 98.

forme juridique de la S. G., non pour des raisons d'ordre économique, mais simplement pour des raisons d'évasion fiscale.

C'est surtout ⁴ des sociétés en participation formées entre membres d'une même famille, spécialement entre le père, propriétaire de l'entreprise et son fils, que la Cour Financière du Reich s'est méfiée. Vis-à-vis de celles-ci, elle examine attentivement si, conformément à l'esprit du droit commercial en vigueur, les éléments nécessaires pour la formation d'une S. G. se trouvent réunis. Et cet examen est poursuivi, non seulement en se basant sur les stipulations du contrat, mais surtout sur la façon dont la société est organisée et gérée dans la réalité. Le traitement favorable prévu par la loi sera écarté toutes les fois qu'il ressortira de cet examen que la véritable intention des parties n'a pas été de conclure une S. G. dans l'esprit où celle-ci est prévue par la loi, mais bien une société familiale, d'un genre particulier et ayant son fonctionnement propre ⁵.

FLECHTHEIM ⁶ s'élève violemment contre cette jurisprudence. Selon lui, le Fisc, par l'organe de la Cour Financière du Reich n'est pas fondé à faire cette distinction. La raison invoquée par le Fisc est qu'un tiers, supposé substitué à l'enfant dans le rôle de participant, n'aurait pas consenti à certaines clauses du contrat particulièrement restrictives d'immixtion dans les affaires et allant souvent jusqu'à une omnipotence de fait complète du gérant. Or, dit FLECHTHEIM, et semble-t-il avec raison, une telle argumentation de la part du Fisc n'est pas sans danger : les dispositions du Code de Commerce sur la S. G. sont en réalité larges et prévues pour servir de cadres à des combinaisons multiples; la société entre père et fils constitue une de ces combinaisons. Il est logique que, dans une telle société on rencontre des stipulations contractuelles et plus particulièrement des modalités de la conduite de l'affaire dont un tiers ne s'accommoderait pas. Mais peut-on dire pour cela que le contrat perd le caractère d'une S. G.? Il ne pourrait en être ainsi qu'en supposant la situation juridique de l'enfant-participant établie de telle sorte qu'il deviendrait absolument impossible d'y retrouver les relations contractuelles correspondant à celles d'un lien de société.

La Cour Financière du Reich restreint sur un autre point l'application des dispositions favorables de la loi. Elle estime

4. KOPPE, *ibidem*, p. 14.

5. FLECHTHEIM, dans *Düringer-Hachenburg Kommentar des Handels Gesetzbuchs*, verbo S. G., Généralités, note 2.

6. *Ibidem*.

que ne peuvent bénéficier de ce traitement les S. G. dans lesquelles il est prévu que le participant prendra part aux bénéfices provenant de la plus-value des Immobilisations (*Anlagewerten*) de l'entreprise. Elle voit là, non un simple participant, mais un véritable coexploitant et le traite comme tel, c'est-à-dire sur le même pied qu'un associé de société en nom collectif ou de commandite simple ⁷.

En sens contraire, mais toujours dans un but favorable au Fisc, la Cour Financière du Reich étend le domaine d'application des dispositions fiscales relatives à la S. G. au delà de leur cadre habituel, et cela pour justifier l'application d'impôts qui autrement y seraient étrangers. Il s'agit du cas d'un simple prêt avec participation aux bénéfices, consenti en Allemagne par un non-allemand. Ce prêt est soumis aux impôts grevant la S. G. ⁸.

7. FLECHTHEIM, *ibidem*.

8. Revue *Steuer und Wirtschaft*, Berlin, années 1928, n° 507; 1931, n° 15.

Vu : le Président de la thèse,

PERCEROU.

Vu : le Doyen,

ALLIX,

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

- ARNOLD. — *Die rechtliche Stellung des stillen Gesellschafters nach dem Handelsgesetzbuch*, thèse, Leipzig, 1909.
- BAUER. — *Die stille Gesellschaft*, thèse, Leipzig, 1894.
- BEHREND. — *Lehrbuch des Handelsrechts*, t. I, Berlin, 1896.
- CAROSELLI. — *L'Associazione in partecipazione*, Padoue, 1930.
- CARPENTIER. — *Le Code de Commerce allemand*, Paris, 1896.
- DALLOZ. — *Répertoire pratique*, Paris, 1931.
- DENKSCHRIFT. — *Zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuches*, Berlin, 1896.
- FLECHTHEIM, dans le *Traité Düringer-Hachenburg*, Berlin, 1924.
- GOLDMANN. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1905.
- GUILLERY. — *Sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, 1874-1876.
- HAHN. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Braunschweig, 1871.
- JOBIT. — *L'Association en participation*, thèse, Paris, 1912.
- KOPPE. — *Jahrbuch des Steuerrechts*, Berlin, années 1931 et 1932.
- LANG. — *Die Typen der stillen Gesellschaften und die Anwendung gesellschaftlichen Normen auf sie*, Berlin, 1930.
- LASTIG. — *Die S. G. dans Endemann Handbuch des Handelsrechts*, Halle, 1871.
- LE COINTE. — *L'Association en participation*, thèse, Paris, 1913.
- LEHMANN. — *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlin, 1906.
- LEHMANN ET RING. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1913.
- LEHMANN-HOENINGER. — *Das Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1925.
- LOENHOLM. — *Japanese Commercial Law*, Tokyo, 1910.
- Lois fiscales du Reich*, Recueil et Commentaires, Berlin, 1932.

- LÜBBERT. — *Die rechtliche Natur der S. G.*, Stuttgart, 1906.
- MAKOWER. — *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, Berlin, 1901.
- MÜLLER-ERZBACH. — *Deutsches Handels Recht*, Tübingen, 1921.
- DE PELSMAEKER. — *Les associations en participation*, Bruxelles, 1925.
- POTHIER. — Article « Société ».
- POULLE. — *Traité théorique et pratique des sociétés commerciales en participation*, Paris, 1887.
- Recueil des décisions de la Cour Financière du Reich* (Reichsfinanzhof).
- Recueil des décisions de l'Ancienne Cour Suprême de Commerce*.
- Recueil des décisions du Tribunal d'Empire* (Reichsgericht).
- RENAUD. — *Die Kommandit Gesellschaft*, Berlin, 1881.
- RENAUD. — *Die stille Gesellschaft*, Heidelberg, 1885.
- Revue « Recht »*, année 1914, Berlin.
- Revue « Steuer und Wirtschaft »*, années 1928 et 1931, Berlin.
- SAVARY. — *Dictionnaire universel du Commerce*, 1741.
- SAVARY. — *Le Parfait Négociant*, 1757.
- SEEVER. — *Die stille Gesellschaft*, thèse, würzburg, 1925.
- STARKE. — *Offense, Kommandit und stille Gesellschaften*, Berlin, 1928.
- STAUB. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Berlin, 1920.
- STEFFENS. — *Das Recht der stillen Gesellschaft*, thèse, Iéna, 1908.
- THALLER ET PERCEROU. — *Droit commercial*, Paris, 1931.
- VIVANTE. — *Droit commercial italien*, Milan, 1924.
- WAHL. — *Droit commercial*, Paris, 1922.
- WEISER. — *Die stille Gesellschaft*, Leipzig, 1905.
- WIELAND. — *Handelsrecht*, Munich, 1921.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Généralités sur la S. G.

§ 1. Historique de la S. G.....	7
§ 2. Définition et caractères généraux de la S. G.....	14
§ 3. Nature juridique de la S. G.....	16

PREMIÈRE PARTIE

L'organisation de la S. G. en droit allemand.

CHAPITRE I. — <i>Fondation de la S. G.</i>	21
§ 1. Les parties au contrat.....	21
§ 2. Le contrat de société.....	26
§ 3. L'apport et les relations entre associés.....	28
CHAPITRE II. — <i>Fonctionnement de la S. G.</i>	33
§ 1. Direction intérieure et marche de l'affaire.....	33
§ 2. Partage des gains et des pertes.....	38
§ 3. Relations avec les tiers et question de la « Firma ».	45
§ 4. Responsabilité respective des associés.....	48
CHAPITRE III. — <i>Dissolution de la S. G.</i>	53
§ 1. Causes de dissolution de la S. G.....	53
a) Dissolution par la volonté de la loi	
1. Décès de l'un des associés.....	54
2. Faillite d'un associé.....	56
3. But social atteint ou devenu impossible.....	56
4. Survenance du terme ou de la condition résolu- toire.....	57
b) Dissolution par le fait des associés ou des tiers :	
1. <i>Mutuus dissensus</i>	58
2. Dénonciation du contrat avec préavis.....	58

3. Dénonciation à titre extraordinaire « pour motifs graves ».....	59
4. Situation des créanciers : cas où ils peuvent dénoncer la société.....	61
§ 2. Effets de la dissolution :	
a) Généralités.....	62
b) Règlement des affaires encore en suspens au moment de la dissolution.....	65
c) Effets spéciaux de la dissolution en cas de faillite d'un associé.....	67

DEUXIÈME PARTIE

La Stille Gesellschaft et le droit comparé.

CHAPITRE I. — <i>L'association en participation du droit français</i>	75
CHAPITRE II. — <i>Les associations en participation du droit belge</i>	83
CHAPITRE III. — <i>L'association en participation dans quelques autres législations étrangères</i>	88
CONCLUSION	93

ANNEXES

ANNEXE I. — Texte et traduction des lois allemandes concernant la S. G.	
I. — Dans l'ancien Code de Commerce allemand (<i>das deutsche allgemeine Handelsgesetz Buch</i>).....	98
II. — Dans le nouveau Code de Commerce de 1897-1900	108
III. — Autres textes de la loi allemande relatifs à la S. G.	114
ANNEXE II. — Textes du Code de Commerce belge sur les associations en participation (loi du 18 mai 1873).	119
ANNEXE III. — Type de contrat de fondation d'une S. G.....	121
ANNEXE IV. — Législation fiscale sommaire de la S. G.....	125
BIBLIOGRAPHIE.....	129
TABLE DES MATIÈRES.....	131

Imprimé en France
TYP. FIRMIN-DIDOT ET C^{ie}
MÉSIL - 1933